This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 049 751 266

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

Received APR 1 2 1928

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

France

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

R. VON JHERING

ŒUVRES CHOISIES

Digitized by Google

Gand, imp. C. Annoot-Braeckman. Ad. Hoste, succr.

Digitized by Google

R. VON JHERING

ŒUVRES CHOISIES

TRADUITES AVEC L'AUTORISATION DE L'AUTEUR

PAR

O. DE MEULENAERE
Conseiller à la Cour d'Appel de Gand

TOME II

PARIS
LIBRAIRIE A. MARESCQ, AÎNÉ
CHEVALIER-MARESCQ ET CIE, ÉDITEUR
20, rue Soufflot et 17, rue Victor-Cousin

MDCCCXCIII

Digitized by Google

H-1228
APR 12 1928

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES.

V. — De la *Culpa in contrahendo* ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites (1860) . . . 1

VI. — Des restrictions imposées aux propriétaires fonciers dans l'intérêt des voisins (1862) 101

VII. — De l'intérêt dans les contrats, et de la prétendue nécessité de la valeur patrimoniale des prestations obligatoires (1880) 145

VIII. — Possession. Théorie simplifiée et mise à la portée de tout le monde (1890). 215

Digitized by Google

Digitized by Google

V. — De la **culpa in contrahendo** ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites (1860).

SOMMAIRE.

1. Introduction.
2. Doctrine antérieure.
3. Genèse de la doctrine de l'auteur.
4. Division de la matière.

CHAP. I. — *Contenu immédiat des sources.*

5. Textes.
6. Conditions de l'action du contrat : un contrat apparent. — Nullité de ce contrat.
7. Faut-il le dol ou la faute du vendeur ?
8. L'acheteur doit avoir ignoré le vice.
9. L'action tend à l'*interesse* négatif. — Définition de cet intérêt.

CHAP. II. — *Justification de la théorie de la* culpa in contrahendo.

10. L'action du contrat ne se rattache ni à l'*actio de dolo* ni à l'*actio legis Aquiliae.*
11. Caractère contractuel de la responsabilité.
12. Preuves tirées du droit romain.
13. La base de l'action se trouve dans une faute du vendeur.
14. Objections.
15. Nécessité théorique de cette doctrine.
16 Généralité de son application.
17. Examen des applications fournies par les législations positives.
18. — 1. Capacité du sujet.
19. — 2. Capacité de l'objet.
20. — 3. Certitude de la communication de la volonté.
21. Résumé de la théorie.

Digitized by Google

CHAP. III. — *Casuistique de la* culpa in contrahendo.

22. Division.

SECTION I. — *Incapacité du sujet.*

23. Contrats des incapables.

SECTION II. — *Incapacité de l'objet.*

24. Renvoi. — Vente d'un homme libre faussement pris pour esclave.
25. Vente d'une chose inexistante.
26. Vente de la chose qui n'appartient pas au vendeur.
27. Vente de droits.

SECTION III. — *Incertitude de la volonté de contracter.*

28. Inexistence de la volonté.

§ 1. *Incertitude de la déclaration de volonté.*

29. Non-concordance intentionnelle.
30. Erreur.
31. Malentendus.
32. Ordres écrits adressés à des tiers.
33. Blanc-seings.
34. Communications écrites entre parties.
35. Communications remises par intermédiaires.

§ 2. *Incertitude de la volonté même.*

36. 1. Rétractation de l'offre.
37. 2. Changement de volonté dans les contrats conclus par intermédiaires.
38. 3. Décès de l'auteur de l'offre survenu avant l'acceptation.
39. 4. Rétractation d'une promesse publique.

APPENDICE.

40. Examen de la décision rendue par le Trib. de Cologne en matière d'erreur dans les télégrammes.

Digitized by Google

INTRODUCTION.

1. Lorsqu'un auteur traite un sujet déjà connu, on peut exiger de lui qu'il se borne aux *résultats* trouvés par lui, et qu'il épargne au lecteur l'indication des voies qu'il a suivies pour y atteindre. Il en est autrement lorsque, comme dans le cas présent, il traite un sujet entièrement nouveau. Il serait parfaitement déplacé, dans ce cas, de présenter les résultats acquis dans leur forme dernière. Il importe, au contraire, que l'auteur commence par indiquer la nécessité et l'intérêt de ses recherches, leur point de départ et leur objet, afin de mettre ainsi d'emblée le lecteur à même de suivre ces recherches. Or, il n'y a pas de meilleur moyen d'atteindre ce but que de communiquer au lecteur la genèse du travail, ainsi que je vais le faire.

Depuis plusieurs années, chaque fois que, dans mon cours, j'exposais la théorie de l'erreur essentielle, il y avait un point qui m'embarrassait et dont je ne parvenais point à donner une explication satisfaisante. C'était la question de savoir si la partie qui a commis l'erreur ne répond point envers l'autre du dommage causé par sa faute. Une personne veut commander 100 livres d'une marchandise, mais elle confond le signe des livres avec celui des quintaux; les 100 quintaux arrivent, et elle les refuse. Ou bien, le correspondant d'une maison de commerce, chargé par son commet-

Digitized by Google

tant de commander une marchandise déterminée, se trompe sur le nom de cette dernière. Le contrat est nul, en supposant que la méprise puisse réellement être démontrée; cela est incontestable. Mais qui supportera les frais d'emballage et d'expédition inutilement faits? La partie qui a fait erreur ne répond-elle point envers l'autre des dépenses qu'elle lui a causées par sa *culpa?*

2. A cette question, la doctrine me laissait absolument sans réponse. La plupart des traités ne la touchent même point, et je ne l'ai trouvée soulevée que par quatre auteurs modernes. Deux d'entre eux répondent négativement(1), et à première vue ils ont pleinement raison. En effet, le contrat n'étant point arrivé à perfection, il ne peut être question d'appliquer les principes sur la *culpa* contractuelle; il ne peut davantage être question de faute extra-contractuelle ou d'*actio legis Aquiliae.*

L'iniquité et l'insuffisance pratique d'un pareil résultat sautent aux yeux. La partie qui est en faute reste indemne, et la partie innocente devient la victime de la faute d'autrui. Si réellement les principes du droit romain conduisent à un pareil résultat, on peut leur reprocher de présenter en cette matière une lacune sensible.

Les deux autres auteurs répondent affirmativement à la question, mais le premier(2), bien que guidé par un sentiment pratique exact, donne comme unique motif que « si l'une des « parties a causé cette nullité, *dolo* ou *culpa*, l'autre partie « qui n'a aucune part dans cette faute peut demander des « dommages-intérêts *d'après les principes généraux.* »

L'auteur n'a pas jugé opportun d'indiquer ces *principes généraux,* et comme il conteste lui-même la possibilité de l'action contractuelle à cause de la nullité du contrat, il ne

(1) SAVIGNY, *System* III, p. 295, note a; VON WÄCHTER, *Wurtemb. Privatrecht* II, p. 749.

(2) SCHWEPPE, *Das röm. Privatrecht* III, § 418 (4e édit.).

Digitized by Google

peut, indépendamment de l'*act. doli* pour le cas de dol, avoir songé, pour le cas de *culpa*, qu'à l'*actio legis Aquiliae* dont on ne saurait, cependant, d'après les principes généraux, lui concéder l'admissibilité.

L'autre auteur(3) est, à ma connaissance, le seul qui ait consacré à cette question une attention spéciale. Il est, à mon avis, pleinement dans le vrai, lorsque, se fondant sur les L. 8 et 9 de her. vend. (18-4) que j'expliquerai plus tard, il soutient que la nullité du contrat exclut bien l'action en exécution de celui-ci, mais non l'action en dommages-intérêts du chef de la *culpa*.

Cette idée parfaitement exacte dans son germe n'a plus été reprise depuis RICHELMANN. L'a-t-on perdue de vue? A-t-on été arrêté par la puissance du préjugé scientifique? Je ne sais; ce qui est certain, c'est que l'initiative méritoire de cet auteur est restée à peu près perdue pour tous ceux qui l'ont suivi(4), et moi-même je ne puis me défendre de ce reproche, car je n'ai appris à rendre justice à l'opinion de RICHELMANN que depuis que j'y ai été poussé moi-même, en partant d'un autre côté que lui et sans son secours.

3. Ce fut à l'occasion d'un cas que j'ai traité ailleurs (4a),

(3) RICHELMANN, *Der Einfluss des Irrthums auf Verträge*. Hannover, 1837, p. 129 s. Il invoque lui-même des auteurs anciens, p. ex. CUJAS, Obs. II, c. 5, DONELLUS, Comm. Lib. 12, c. 20 etc., mais ils s'écartent fort peu du contenu immédiat des sources.

(4) Sauf v. WÄCHTER l. c. qui, tout en reconnaissant la possibilité de l'action contractuelle, en cas de nullité du contrat, « à cause de la garantie « particulière due par le promettant », dit que c'est à tort que RICHELMANN veut baser, dans ce cas, l'action en dommages-intérêts sur la *culpa* du défendeur, personne n'a fait mention de sa tentative. SAVIGNY l. c. se contente de dire que c'est à tort que plusieurs (?) auteurs ont admis que le vendeur qui se trompe répond de sa faute, que celle-ci n'est pas une *causa obligationis* générale, mais qu'elle peut seulement modifier un contrat réellement existant.

(4a) Coopération aux actes juridiques d'autrui. *Jahrbücher*, T. I, p. 280 à 282.

Digitized by Google

celui de l'erreur du messager. Je charge un ami qui se rend à Brême, de me commander, chez un marchand de cigares, 1/4 de caisse de cigares; il se trompe et en commande 4 caisses. Celles-ci me sont envoyées, et je les refuse. L'expéditeur doit-il supporter les frais des deux transports, ou bien peut-il en réclamer le remboursement, soit à l'intermédiaire, soit à moi-même? Il faut, à force de soumission au droit romain, avoir étouffé toute impulsion du sentiment juridique sain, pour se contenter de dire que faute de consentement sur la quantité de la marchandise, le contrat n'est point venu à perfection, que partant l'action contractuelle n'est point possible, et que d'autre part, les conditions de l'*actio legis Aquiliae* ne sont point réunies. Qui ne sent qu'il faut ici une action en dommages-intérêts? Cependant nos sources gardent sur cette question un profond silence, et la doctrine n'a que trop fidèlement suivi leur exemple, car, à l'exception de THÖL(5), qui veut recourir à une *actio doli* contre le messager, je n'ai trouvé nulle part même la simple mention de notre question. D'accord avec THÖL sur la nécessité d'une action, je ne pouvais cependant approuver le choix fait par lui, car une *actio doli* non fondée sur le *dolus*, mais simplement sur la *culpa*, n'a plus de cette action que le nom. Il me paraissait donc qu'il ne restait plus qu'à admettre l'action fondée sur un dommage causé par une *culpa* extra-contractuelle, c'est-à-dire l'*actio legis Aquiliae*, bien que je n'eusse point d'illusions sur le caractère hasardeux d'une extension aussi exagérée de cette action.

BÄHR (*Jahrb. für die Dogmatik*, T. 1, p. 462, note 16) s'est élevé contre mon allégation que le droit romain nous a laissés complètement à dépourvu dans cette matière. Il croit que le messager qui commet une erreur, devient par le fait même *procurator* et répond comme tel, envers le

(5) *Handelsrecht*, T. I, § 25 (3e édit. p. 104).

Digitized by Google

tiers, de l'existence du mandat. C'est dire en d'autres termes : en droit romain, le *procurator*, par cela seul qu'il a lui-même parlé au contrat, est personnellement tenu, et s'il transgresse son mandat, il n'a point le droit de renvoyer le tiers, avec son actio *quasi institoria*, au mandant ; de même, le messager doit être considéré comme contractant et être tenu d'exécuter le contrat. Mais cette solution est injustifiable en théorie et inadmissible en pratique. Ce serait, à titre de peine, substituer à la personne qui, dans l'intention des tiers intervenants, doit être le véritable contractant, une autre personne qui, d'après la volonté de tous, ne doit point l'être. Oserait-on, p. ex., s'il s'agit de la conclusion d'un bail, imposer au bailleur, comme locataire, au lieu du mandant qu'il a accueilli, le messager qu'il n'aurait jamais consenti à recevoir dans sa maison? Refusera-t on au messager qui, immédiatement après la conclusion du contrat, a découvert son erreur, la faculté de la rectifier? Or cela serait inévitable si le contrat était devenu parfait en sa personne.

Le cas de l'erreur du messager m'a amené à traiter un autre cas rapporté en son temps par les journaux et parvenu à une certaine célébrité. Une maison de Cologne avait chargé, par dépêche télégraphique, une maison de banque de Francfort, de vendre (*verkaufen*) pour son compte un nombre déterminé de titres de certaine valeur d'état. Par suite d'une erreur qui se glissa dans la transmission de la dépêche, la syllabe *ver* du mot *verkaufen* disparut ; il restait le mot *kaufen* qui veut dire *acheter* et la dépêche ainsi rédigée fut remise au mandataire et par lui exécutée. Les valeurs désignées ayant aussitôt après subi une baisse considérable, la différence était très importante. Elle s'élevait, je crois, à près de 30,000 florins. Le banquier de Francfort pouvait-il en réclamer le remboursement à la maison de Cologne? Cette dernière soutint que non, par le motif que le mandat, comme tout autre contrat, suppose le consente-

Digitized by Google

ment, lequel avait fait défaut dans l'occurrence. Elle fut néanmoins condamnée par le tribunal saisi de l'affaire. Je n'ai malheureusement pu savoir pour quels motifs, mais la décision même était pour moi du plus grand intérêt, car elle me confirmait dans ma conviction que la pratique ne peut se contenter, pour ce cas et d'autres semblables, d'entendre déclarer le contrat nul, conformément au droit romain, mais qu'elle exige impérieusement une action en dommages-intérêts. Quant à la manière de construire celle-ci en théorie, la seule chose qui fût certaine pour moi, c'est que l'action elle-même était indispensable et que s'il fallait écarter l'*act. legis Aquiliae* que j'avais d'abord choisie, il y avait lieu d'en rechercher une autre qui fût théoriquement admissible.

Je cherchai dans ce but à me rendre compte du caractère particulier des trois cas de *culpa* mentionnés plus haut, et de leur différence avec les autres. Une faute d'écriture, une commission mal faite, une dépêche mal rendue n'engendrent point d'une façon absolue, dans les relations extra-contractuelles, une obligation de dommages-intérêts. Cela était clair. Quant à rendre responsable des suites de sa *culpa* celui qui a commis une erreur, en communiquant par complaisance les derniers cours ou une nouvelle politique importante qui influe sur les cours, je ne me sentais nullement tenté de le faire, tandis que, dans les trois cas ci-dessus, mon sentiment se prononçait d'une manière tout aussi décidée en faveur de la responsabilité.

Quelle est donc la différence des éléments de fait de ces espèces? Dans la dernière, la *culpa* est commise à l'occasion d'un *rapport contractuel projeté*. L'une des parties a éprouvé un dommage à l'occasion de l'exécution d'une convention proposée par l'autre et devenue parfaite d'après l'ensemble des circonstances *extérieures*. J'obtins ainsi une délimitation nette du domaine de notre *culpa*, savoir la *culpa* dans la conclusion des contrats : *culpa in contrahendo*.

Je poursuivis mes recherches sur cette base, et trouvai

Digitized by Google

bientôt une série d'autres cas dans lesquels se reproduisait le même ensemble de circonstances de fait et parmi lesquels, à ma grande satisfaction, il y en avait un où la théorie avait déjà reconnu, bien que sans en donner de motifs suffisants, la nécessité d'une action (6). Mais la trouvaille la plus importante de toutes fut pour moi, que le droit romain lui-même avait admis l'obligation de payer des dommages-intérêts dans deux cas : à l'occasion de la vente d'une *res extra commercium*, et à l'occasion de la vente d'une hérédité non existante. Ma théorie avait ainsi mis pied sur le terrain solide des sources, et il ne s'agissait plus maintenant que de mettre au jour le fond des idées plutôt dissimulé qu'exprimé dans les décisions du Digeste. Tel est l'objet des pages suivantes.

4. Il me paraît nécessaire de faire une distinction rigoureuse entre ce que les textes contiennent directement et indubitablement, et ce que l'on ne peut en tirer que par voie de déduction. Je commencerai donc, dans le premier chapitre de cette dissertation, par établir le contenu immédiat des sources, puis, dans le second chapitre, j'essaierai, en m'aidant des résultats obtenus, de fonder une théorie de la *culpa in contrahendo*, et enfin, dans le troisième chapitre, j'appliquerai cette théorie à tous les cas particuliers qui sont venus à ma connaissance.

(6) C'est celui de la révocation de l'offre dans les contrats conclus entre absents. V. plus loin n° 36 ss.

Digitized by Google

CHAPITRE I.

Contenu immédiat des sources.

5. Les textes dont il y a lieu de faire usage sont les suivants (7) :

L. 62, § 1 de Contr. emt. (**18-1**) (Modestin) : *Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emtio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit ejus ne deciperetur.*

Les rédacteurs des Institutes me paraissent avoir eu ces textes sous les yeux en composant le

§ 5 Inst. de emt. et vend. (**3-23**) : [*Loca sacra vel religiosa item publica veluti forum basilicam frustra quis sciens emit*] *quae tamen si* PRO PROFANIS VEL PRIVATIS *deceptus a venditore quis emerit,* HABEBIT ACTIONEM EX EMTO, *quod non habere ei liceat,* UT CONSEQUATUR *quod sua* INTEREST DECEPTUM NON ESSE. *Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.*

Dans l'un des cas dont il s'agit, l'édit du Préteur avait accordé une action particulière :

L. 8 § 1 de relig. (**11-7**) (Ulpien) : *Si locus religiosus pro*

(7) Sur la bibliographie ancienne des textes V. GLÜCK, *Pandekten* XVI-p. 48, et les interprètes du titre *de contr. emt.* (**18-1**). J'ai jugé plus convenable de traiter au chapitre troisième, à l'occasion des espèces qu'elles contiennent, quelques autres décisions des textes qui se rapportent à notre question. Les textes ci-dessus suffisent amplement pour notre but le plus proche qui est de trouver une base dans les sources; l'immixtion des autres apporterait plus de trouble que d'avance. J'ai exclu complètement la L. 21 § 2 de act. emti (**19-1**), à cause des doutes qu'elle peut soulever (RICHELMANN, l. c. p. 62 et SAVIGNY, System III p. 287 s).

Digitized by Google

puro venisse dicetur, Praetor in factum actionem in eum dat ei, ad quem ea res pertinet, quae actio et in heredem competit, cum QUASI EX EMTO *actionem contineat.*

Le second cas est traité par les L. 8 et 9 de hered. vend. (18-4).

L. 8 (Javolenus)... *si nulla est* (*hereditas*), *de qua actum videatur, pretium dumtaxat et* SI QUID IN EAM REM IMPENSUM EST, *emtor a venditore consequatur* L. 9 (Paulus) *et si quid emtoris interest.*

6. L'analyse de ces textes fournit les éléments suivants :

1. *Conclusion apparente* du contrat de vente : consentement sur la chose et sur le prix.

2. *Nullité* de cette vente, à cause d'un défaut concernant la chose vendue ; défaut de *capacité* dans l'un des cas [8], défaut *d'existence* dans l'autre. Quant au second cas, on pourrait conclure des termes de la L. 8 cit. *Si nulla* (*hereditas*) *est, de qua actum videatur*, que les parties n'ont point eu en vue une succession déterminée, mais si la convention avait été aussi absurde que cela, l'acheteur qui éprouvait un dommage n'aurait eu qu'à s'en prendre à lui-même. Les mots précédents du texte montrent que le juriste a considéré deux espèces : ou bien il existe une succession, mais elle n'appartient point au vendeur ; dans ce cas, on peut agir en exécution du contrat ; ou bien la succession que les parties avaient en vue n'existe point, p. ex. le *de cujus* n'est pas mort ou le vendeur a fait entrevoir comme *de cujus* une personne qui n'existe point ; dans ce cas, il y a lieu à notre action en dommages-intérêts.

7. 3. *Défaut dans la personne du vendeur* c.-à-d. manque d'une condition qu'il devait garantir d'après le contrat. Doit-il avoir connu ce défaut, partant avoir été *in dolo?* On pourrait le conclure de l'expression *deceptum esse*,

[8] L. 34, 83 § 5, 103 de V. O. (45-1) L. 1 Cod. de sep. (9-19)... *jure non subsistat venditio.* L. 2 Cod. de rel. (3-44).

Digitized by Google

deciperetur qui se rencontre dans les L. 62 § 1 cit. et § 5 Inst. cit. Un auteur récent est allé, en effet, jusque là(9), mais c'est évidemment à tort d'après moi. Il n'a pu se dissimuler combien cette conclusion était hasardée, et il appelle lui-même l'attention sur ce fait déjà constaté par d'autres(10), que le mot *decipi* ne suppose nullement, d'une manière nécessaire, un *decipere* de l'autre partie, qu'au contraire il est souvent employé dans le sens purement objectif, pour désigner le fait d'*être déçu* d'une manière quelconque (sans intention de la part d'une autre personne)(11). Or si l'on considère que les textes mentionnés ci-dessus, parmi lesquels il en est un qui, à ce qu'il paraît, reproduit les termes mêmes de l'Edit, ne contiennent pas la moindre indication d'un dol du vendeur, on n'hésitera guère à écarter du texte l'élément du dol, et à comprendre le mot *decipere* dans le sens objectif.

La circonstance qui malgré cela, a empêché cet auteur de se déclarer pour une opinion à laquelle il ne peut refuser de rendre hommage au nom de l'équité, c'est que « seul, le « *dolus*, auquel est assimilée la *culpa lata*, est regardé d'une « manière générale, comme *causa obligationis;* la *levis culpa* « ne se présente comme cause d'obligation qu'à l'occasion « de l'*act. legis Aquiliae*(12) ». Mais il y a deux objections à faire à cette thèse.

En premier lieu, l'assimilation établie dans un grand nombre de textes, entre la *culpa lata* et le *dolus* ne peut être

(9) F. Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht* I, p. 122.

(10) P. ex. Savigny, *Obligationenrecht* II, p. 292.

(11) Outre les citations faites par Savigny et Mommsen p. ex. L. 18 de his qui (3-2). L. 7 § 1 de exc. (44-1), v. notamment L. 1 § 2 de aed. ed. (21-1) *decepti.. etiamsi (venditor) ignoravit;* à la fin du texte le mot falli est employé dans le même sens : .... *fallatur ignorantia venditoris an calliditate;* quant au mot *capi*, cela est connu, et le titre *de minoribus* (4-4) en offre beaucoup d'exemples, p. ex. L. 7 § 7.

(12) L. c. p. 109, 116, 123, 133, note 6.

Digitized by Google

appliquée qu'aux rapports contractuels ([13]). Où irions-nous, si dans les rapports extra-contractuels on pouvait être actionné d'une manière absolue, non seulement du chef de *dolus*, mais encore du chef de *culpa lata*? Une expression imprudente, la communication d'un bruit, d'un faux renseignement, un mauvais conseil, un jugement inconsidéré, la recommandation d'une servante indigne de la part de son précédent maître, l'indication du chemin ou de l'heure demandée à un passant, etc. bref, tout obligerait à la réparation du dommage causé par *culpa lata*, malgré la plus entière *bona fides*, et l'*act. de dolo* ainsi étendue deviendrait un véritable fléau pour les relations; toute l'indépendance de la conversation serait perdue, et le mot le plus innocent deviendrait une corde pour nous pendre. A part le texte conçu en termes généraux mentionné à la note 13, le droit romain n'offre pas même l'apparence d'un motif en faveur de pareille opinion. Au contraire, il l'exclut de la manière la plus positive par cela seul qu'il fait dépendre l'*actio doli* de l'intention doleuse ([14]). MOMMSEN en est donc

([13]) Parmi les textes, les L. 1 § 1 si mensor (11-6), L. 32, Dep. (16-3), L. 7 § 1. de susp. tut. (26-10), L. 1 § 5 de O. et A. (44-7) parlent expressément de rapports contractuels. Seule la L. 226 de V. S. (50-16) est conçue en termes tout-à-fait généraux. Comme tant d'autres textes de ce dernier titre, elle doit, malgré sa généralité apparente, être restreinte à des rapports particuliers. La question méritait une étude plus attentive. Elle n'a pas encore été, que je sache, traitée d'une manière approfondie. GLÜCK, *Comm. zu den Pandekten* IV, p. 534 (et d'autres après lui, p. ex. SCHWEPPE *Das röm. Privatrecht*, T. V, § 998) se borne à invoquer la L. 7 § 10 de dolo (4-3) et remarque qu'« il faut une preuve formelle et convaincante de l'intention « doleuse du défendeur », cependant lorsque les circonstances révèlent une négligence grave qui avoisine le dol, il veut donner une *actio in factum*, conformément à la L. 33 ibid. La question a été récemment traitée en passant et résolue négativement par L. GOLDSCHMIDT, *Der Lucca-Pistoja-Actien Streit*, Francf., 1859, p. 81.

([14]) L. I § 2 de dolo (4-3). V. dans SEUFFERT, *Archiv für Entscheidungen* IX,

Digitized by Google

réduit ou bien à subordonner, dans notre cas, l'action en dommages-intérêts à l'existence d'un *dolus*, ou bien, s'il l'accorde pour la *culpa*, à l'accorder même dans le cas de *culpa levis*.

En second lieu. Si, comme MOMMSEN, on veut juger la demande de dommages-intérêts de l'acheteur d'après les principes de la responsabilité extra-contractuelle, si, en d'autres termes, l'on n'y voit qu'une *actio de dolo*, pourquoi donc les jurisconsultes romains recouraient-ils ici à *l'action du contrat*, pourquoi le Préteur a-t-il jugé nécessaire, dans un des cas ci-dessus, d'accorder même de ce chef une *action spéciale? L'actio de dolo* aurait été parfaitement suffisante. Si néanmoins on s'est accordé à donner l'action du contrat, c'est donc que celle-ci avait un but que l'on ne pouvait atteindre au moyen de l'*actio doli*. La dérogation aux principes de la responsabilité *extra-contractuelle*, que MOMMSEN croit devoir repousser au moyen d'une interprétation restrictive de nos textes, doit avoir été précisément le fondement et le but de notre action. Le moment n'est pas encore venu de rechercher en quoi consistait cette dérogation et comment elle se justifiait.

Tenons-nous en donc aux textes tels qu'ils sont rédigés. Celui qui a vendu une succession non existante ou une *res extra commercium* est responsable d'une manière absolue, sans avoir égard à la connaissance qu'il avait du fait. Nos textes ne disent point que l'on peut lui reprocher une *culpa* du chef de son ignorance du vice de la chose, et cette question doit donc être provisoirement écartée.

8. 4. *Ignorance du vice de la part de l'acheteur*. Cette condition est expressément mentionnée par MODESTIN (*nesciens*), et résulte clairement des mots *deceptum non esse* des Institutes. Au surplus, les principes généraux suffiraient

n° 145, un arrêt de la Cour supérieure de Lubeck basé sur l'opinion défendue dans le texte.

Digitized by Google

pour l'imposer. Notre action tend en effet, ainsi qu'il sera démontré plus loin, à ce que le vendeur tienne l'acheteur indemne en ce qui concerne les actes préjudiciables que la croyance à la validité du contrat lui a donné l'occasion de faire. Elle cesse donc lorsque l'acheteur connaît le vice, et sait ou doit savoir que le contrat est nul([15]).

On ne dit point ici, il est vrai, que l'obligation de savoir équivaut à la connaissance, mais l'analogie de l'action édilitienne, pour laquelle cette assimilation est expressément mentionnée (L. 14 § 10 citée note 15) et où il s'agit également des vices de la chose vendue, ne permet guère le doute à cet égard.

9. 5. *Action du contrat en obtention de dommages-intérêts.* Deux des textes disent expressément que le vendeur peut poursuivre ses droits au moyen de l'*action du contrat*, et quant à l'*actio in factum* du chef de vente d'un *locus religiosus*, ULPIEN remarque, pour justifier sa transmission aux héritiers, que *quasi ex emto actionem contineat*, et nous pouvons dès lors admettre la même chose pour les deux autres textes. Mais *pourquoi* l'action du contrat est-elle donnée et comment cela se concilie-t-il avec la nullité du contrat? C'est là une question qui sort du contenu immédiat des textes et que par conséquent, conformément à mon plan, je renvoie au chapitre suivant.

Mais ce qu'on peut puiser immédiatement dans les termes des textes, c'est le *but pratique* de l'action et je veux tout de suite élucider complètement ce point, car je n'y reviendrai plus dans le chapitre suivant.

A quoi donc tend la demande de notre acheteur? Qu'il

([15]) *Quod quis culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.* L. 203 de R. J. L. 1. § 1 de act. emti (19-1) : in f. *non videtur esse celatus qui scit.* L'action édilitienne cesse également dans cette hypothèse L. 14 § 10 de aed. ed (21-1). *quae ignoravit aut ignorare potuit*, ainsi que la responsabilité de celui *qui liti se obtulit* L. 45 de her. pet. (5-3). *quippe isto modo non est deceptus.*

Digitized by Google

puisse réclamer la restitution du prix de vente payé, cela va de soi d'après les principes sur la *condictio sine causa* ([16]), et pour cela il ne fallait point l'*act. emti*. Il ne reste donc comme objet de l'action que l'*interesse* du demandeur, et trois des textes se servent expressément des mots : *quod* (*si quid*) *ejus interest*. Si nous ne possédions que l'un de ces textes, savoir la L. 9 de her. vend. : *et si quid emtoris interest*, la généralité de ces termes pourrait rendre difficile l'exacte intelligence de cet *interesse*, mais les deux autres textes dissipent tous les doutes sur ce point.

L'intérêt de l'acheteur peut, dans notre espèce, être envisagé sous un double aspect ([17]). Il a d'abord un intérêt au *maintien*, donc à l'*exécution* du contrat, et dans ce cas l'acheteur obtiendrait en argent l'équivalent de tout ce qu'il aurait eu en cas de validité du contrat. Il a ensuite un intérêt à la *non-conclusion* du contrat. Dans ce cas, il obtiendrait ce qu'il aurait eu si le fait extérieur de la conclusion du contrat n'avait point existé. Quelques exemples vont éclairer cette distinction, que j'appellerai pour abréger celle de l'*intérêt contractuel positif* ou *négatif*. Si le vendeur réclamait du chef d'erreur essentielle la restitution de la chose expédiée à l'acheteur, l'intérêt au maintien du contrat s'élèverait en tout cas au moins à l'excédant de la valeur de la chose sur le prix de vente, et l'intérêt à la non-conclusion au remboursement des frais de transport; lorsque le messager a, par erreur, commandé 10 caisses de cigares au lieu de 1/10, le premier intérêt consiste dans le gain que le vendeur aurait fait sur 10 caisses et le second dans le remboursement des frais d'emballage et d'expédition. Il se peut aussi que le second intérêt manque complètement, p. ex.

([16]) La L. 7 de her. vend (18-4) renvoie expressément à la *condictio* en ce qui concerne la vente d'une succession non existante. V. en outre L. 12 de R. cr. (12-1), L. 23 de contr. emt. (18-1).

([17]) Cette différence d'intérêt a déjà été signalée par MOMMSEN l. c. p. 107.

Digitized by Google

lorsque le messager a immédiatement rectifié son erreur.

L'intérêt de la première espèce a pour base la *validité* du contrat, celui de la seconde espèce a pour base la *nullité* du contrat. Le demandeur ne peut réclamer l'exécution, ou ce qui revient au même, son intérêt à l'exécution, qu'en tant que le contrat est valable. Le reproche qu'il fait au défendeur, dans le second cas, ne consiste pas à dire que le contrat est *nul* — ce qui est imputable non au défendeur, mais à la loi, — mais à dire que le défendeur, qui a dû connaître le motif de nullité, n'en a pas moins conclu le contrat et a ainsi indirectement causé un préjudice au demandeur. Au point de vue de la procédure, l'allégation faite, là de la *validité*, et ici de la *nullité* du contrat, constitue le fondement même de l'action et doit être prouvée par le demandeur, à moins qu'il n'existe des présomptions.

Cette différence d'intérêt était connue du droit romain, même en dehors de l'espèce particulière dont nous nous occupons, et c'est ce que montrent notamment, abstraction faite d'autres exemples, les action édilitiennes. L'*act. redhibitoria* a en vue l'intérêt contractuel négatif([18]), et l'*act. quanti minoris*, l'intérêt contractuel positif.

En présence des expressions claires du texte de MODESTIN et des Institutes, *quod ejus interfuit ne deciperetur*, l'espèce d'intérêt qui fait l'objet, dans notre cas, de l'*actio emti* ne peut être douteux, et je ne dirais pas un mot de plus à cet égard, si l'opinion contraire de deux auteurs récents ne m'y forçait. BURCHARDI([19]) croit que dans le texte de MODESTIN, les mots *licet emtio non teneat* peuvent signifier que « la « vente, bien qu'elle ne puisse ici engendrer l'obligation de

([18]) L. 23. § 1 de aed. ed. (21-1) : *ut nihil amplius consequatur, quam haberet,* SI VENDITIO FACTA NON ESSET. Exemples : L. 31 pr. ib. : *quae propter servum damna sentit,* L. 58 pr. ib. : *rerum ablatarum a servo aestimationem,* sauf que le vendeur peut ici se soustraire à la prestation de l'intérêt en abandonnant la chose. MOMMSEN l. c. I p. 202 (III 411) II p. 34-35.

([19]) *Wiedereinsetzung in den vorigen Stand,* p. 328.

Digitized by Google

« procurer la chose promise elle-même, oblige néanmoins le « vendeur à prester un équivalent ». C'est accorder sous une autre forme ce que l'on vient de refuser. La prestation de l'équivalent, qu'est-ce autre chose qu'une espèce d'*exécution* du contrat, exécution en argent au lieu de l'exécution *in natura?* Cette opinion peut d'autant moins se soutenir en droit *romain*, que d'après les principes de la procédure romaine les conclusions du demandeur tendaient toujours à une condamnation en argent et jamais à la chose même. Quelle différence pratique, en effet, y aurait-il eu à ce que le droit eût déclaré, dans notre cas, le contrat valable ou nul? Dans les deux cas, le demandeur eût obtenu exactement la même chose et la prétendue nullité n'aurait été qu'une vaine querelle de mots.

Le second auteur, SAVIGNY([20]), qui veut également accorder à l'acheteur « une action en dommages-intérêts « pour le droit qui ne peut immédiatement lui être procuré », évite à la vérité cette contradiction en ce que, plus conséquent, il ne déclare point le contrat nul, mais au contraire valable. Mais il tombe par là dans une autre erreur presque aussi grave; il se met en contradiction avec les mots *licet emtio* NON TENEAT. Il est impossible qu'un juriste romain ait pu se servir de ces expressions s'il voulait donner à l'acheteur une action pour son intérêt à l'exécution. Elles auraient été dépourvues de toute signification, car quel autre effet le contrat aurait-il eu que celui que nous avons admis, si le juriste avait déclaré le contrat valable?

On peut donc considérer comme complètement acquis que l'acheteur, ou plutôt le demandeur — nommons-le ainsi dès ce moment puisque nous ne nous restreignons plus au cas des textes visés ci-dessus — ne peut faire valoir que l'intérêt qu'il avait à la non-conclusion du contrat, c.-à.-d. réclamer la réparation du dommage que lui a causé la con-

([20]) *Oblig. Recht*, II, p. 290.

Digitized by Google

clusion du contrat (considéré comme fait extérieur). Examinons cet intérêt d'un peu plus près.

Les suites préjudiciables du contrat, pour le demandeur, peuvent consister soit dans le dommage immédiatement causé par la chose, soit dans des actions qu'il n'aurait point faites s'il avait cru à l'existence de cette chose. Le premier cas ne présente point d'intérêt particulier. D'abord, des cas de cette espèce seront très rares; ensuite, indépendamment de la rétention toujours admise de la chose occasionnant le dommage, il y aurait régulièrement lieu à l'*actio legis Aquiliae*. J'ai cité à la note 18 des textes aux termes desquels l'*actio redhibitoria* peut également avoir pour objet la réparation du dommage causé par l'esclave vendu. Mettons à la place de l'esclave une tête de bétail infectée d'une maladie contagieuse, qui a communiqué celle-ci au bétail de l'acheteur, on ne pourrait, si le vendeur a ignoré le vice, donner contre lui une *act. legis Aquiliae*, mais d'autre part si le contrat était nul à cause d'une erreur sur l'objet, imputable au vendeur, on ne pourrait baser l'*actio redhibitoria* en réparation des frais de maladie occasionnés, que sur notre principe (21).

Les suites préjudiciables des *actions* que le demandeur a faites à l'occasion du contrat peuvent consister en pertes positives ou en gain perdu. Dans la première catégorie se rangent les frais que le demandeur a faits par suite de la conclusion ou de l'exécution du contrat (22), tels que les

(21) La L. 13 pr. § 1-3 de act. emti (19-1) semble faire dépendre le droit aux dommages-intérêts de la connaissance du vendeur, même en cas de *validité* du contrat. Mais cette loi parle de *l'actio emti* (*in condemnatione ex emto*), qui, sous ce rapport, était soumise à d'autres principes que l'*act. redhibitoria*. En effet, tandis que celle-ci rend le vendeur responsable d'une manière absolue (L. 1 § 2 de aed. ed. 21-1 comp. avec les textes de la note 18), celle-là ne l'oblige que s'il a connu les vices ou s'il a formellement promis qu'il n'y en avait point.

(22) La L. 8 cit. (18-4) comprend tous les frais sous les mots : *si quid in*

Digitized by Google

frais de timbre, de notaire, d'enregistrement, les frais d'emballage, d'expédition, d'entrepôt, de douanes, de pourboires usuels etc., les impenses faites par l'acheteur à la chose vendue, par le bailleur ou par le locataire (selon le cas) à la chose louée, les dépenses faites par le mandataire en vue de l'exécution du mandat, la garantie du chef d'éviction prestée à son acheteur par le demandeur qui a revendu la chose, si celle-ci est ensuite revendiquée par le vendeur contre le tiers possesseur, à raison d'une erreur sur l'objet etc. ([23]).

La conclusion du prétendu contrat peut aussi avoir empêché le demandeur de faire un *gain ;* soit qu'il ait repoussé une autre occasion de conclure ce contrat, soit qu'il ait seulement négligé d'en rechercher une en temps utile. Le cocher retenu par erreur un jour autre que celui qu'on avait en vue, l'hôtelier chez lequel on a par erreur arrêté des chambres au lieu de les arrêter ailleurs, n'ont souffert aucune perte positive par suite de ces erreurs, mais si tous deux, par suite de ce fait, ont repoussé une autre occasion qui s'offrait à eux d'utiliser leur voiture ou leurs chambres, cela équivaut complètement, pour eux, à une perte en argent comptant. Sans une occasion pareille, l'erreur n'aurait pas eu pour eux de suites préjudiciables.

---

eam rem (c.-à-d. dans ce but) *impensum est*; mais l'*interesse* ne se borne pas à cela comme l'enseigne la L. 9.

([23]) Notre action peut donc prendre la forme d'une prestation de garantie, mais la considération de l'intérêt à la non-conclusion du contrat reste toujours le point de vue décisif. J'aurai occasion de revenir plus tard sur ce point (n° 24 ss.). Que la nullité du contrat ait été découverte d'avance et que le contrat n'en arrive pas à l'exécution, ou qu'elle n'ait été découverte que plus tard, après que le contrat a été exécuté de part et d'autre, et que par suite il s'ensuive une véritable éviction, cela ne constitue qu'une différence dans les circonstances de fait de l'espèce. Dans l'un de ces cas, le contrat nul a produit son action préjudiciable plus longtemps que dans l'autre, mais cette action elle-même est identique dans les deux cas.

Digitized by Google

L'*interesse* négatif peut dans certaines circonstances s'élever aussi haut que l'*interesse* positif. Dans les deux derniers cas, les demandeurs obtiennent exactement ce qu'ils auraient pu exiger en cas d'exécution du contrat, mais ainsi qu'il résulte de ce qui précède, c'est pour de tous autres motifs. La même chose est possible quant au *dommage positif*, dont le cas d'erreur télégraphique rapporté à la page 7, donne un exemple bien clair. Le mandataire, si nous faisons abstraction de sa demande de provision (qui au surplus peut être également fondée selon les circonstances, notamment lorsque l'exécution du mandat exigeait une dépense de temps et de peines) — réclame ici ni plus ni moins que ce qu'il aurait eu le droit de prétendre en cas de complète validité. Il semble, dès lors, que le marchand qui a expédié et vu revenir refusées les 10 caisses de cigares commandées par erreur à la place de 1/10 de caisse, pourrait également réclamer le gain qu'il a perdu, dans l'hypothèse où, vu son débit, il aurait avec certitude pu vendre cette quantité.

Mais si cette vente était possible *alors*, elle l'est encore aujourd'hui, en d'autres termes, le gain n'a pas été *enlevé* mais seulement *retardé;* il peut encore le faire, tandis que l'hôtelier et le cocher ne le peuvent plus. Cependant pour le marchand aussi les circonstances peuvent être telles, du moins pour certains articles de commerce, que l'occasion manquée par suite de l'exécution du contrat apparent, de la contestation sur la reprise etc. enlève complètement la possibilité de faire une autre vente sans perte (*ut opportunitatem emtoris, cui venumdari potuit, perimeret,* comme dit la L. 33 de dolo 4-3); ceci s'appliquerait aux articles de modes qui, dans l'intervalle, se sont démodés, aux poissons de mer qui se sont gâtés, aux livres dont une seconde édition a paru dans l'entretemps, aux lots de loterie dont le tirage a été effectué, etc.

Si d'une part, l'*interesse* du demandeur peut atteindre jusqu'au montant de l'intérêt à l'exécution, il peut d'autre

Digitized by Google

part se réduire à rien. Si le messager, à peine sorti du magasin, découvre qu'il a mal exécuté sa commission et rectifie sur le champ son erreur, si, dans le cas d'un contrat entre absents, la lettre de révocation ou la rectification de l'erreur d'écriture parvient au destinataire avant que celui-ci ait commencé à exécuter l'ordre reçu, le contrat apparent n'a encore eu aucune suite *extérieure* et objective ; quant aux suites subjectives et *internes* consistant dans le désagrément d'être désappointé, le droit, comme on le sait, ne les répare point.

CHAPITRE II.

Justification de la théorie de la *culpa in contrahendo*.

10. Jusqu'ici, nous avons cherché à exposer, d'après les sources, les éléments essentiels dont dépend notre action en dommages-intérêts, mais nous ne connaissons pas encore la nature juridique de cette action.

Cependant une idée précise à cet égard est indispensable, non seulement au point de vue de l'intérêt théorique, mais aussi en vue d'une analyse dogmatique plus détaillée de notre rapport juridique. Les sources mêmes, ainsi que nous l'avons remarqué, ne nous donnent sur cette question aucune explication *directe*, mais à mon avis, les points de repère qu'elles offrent suffisent parfaitement pour la résoudre.

Supposons le cas — et en fait il se présente réellement dans l'*act. in factum* spéciale (p. 11) — où le droit positif se serait borné à reconnaître l'obligation aux dommages-intérêts pour des cas d'application de notre principe, isolés et d'une importance particulière, p. ex. celui de l'erreur d'écriture, de la révocation de l'offre entre absents, sans rien

Digitized by Google

ajouter quant à la nature juridique de cette obligation, comment aurions-nous à construire celle-ci?

La circonstance que juridiquement le contrat n'est pas arrivé à perfection, nous confinerait nécessairement, à ce qu'il semble, sur le terrain du dommage extra-contractuel, et à moins de vouloir considérer notre action comme isolée et inexpliquée, comme une anomalie juridique([24]), nous n'aurions que le choix de la rattacher à l'*actio de dolo* ou à l'*actio legis Aquiliae*. L'application de ces deux actions soulève les difficultés les plus sérieuses. Toutes deux, en effet, ne pourraient être employées qu'à la condition de faire abstraction, dans l'*actio de dolo* de l'élément du *dolus*, et dans l'*actio legis Aquiliae* de l'espèce particulière du dommage. On obtiendrait ainsi une troisième action qui tiendrait le milieu entre les deux autres, qui emprunterait à l'une la *culpa*, à l'autre la règle que la *culpa* extra-contractuelle engendre d'une manière absolue une obligation à des dommages-intérêts. J'ai déjà montré où conduirait une règle pareille (p. 6). La limitation de l'effet obligatoire de la *culpa* à la forme du dommage *Aquilien* c.-à-d. *visible*, matériel, causé à des objets *extérieurs* (choses ou personnes) est, en réalité, non une disposition positive du droit romain, mais une règle fondée sur la nature des choses, et c'est précisément pour ce motif, que malgré toute la liberté avec laquelle ils ont étendu l'action aquilienne, les juristes romains sont toujours restés en deçà de cette limite.

Qu'au delà de ces limites il y eût encore d'autres cas

([24]) Je ne sais si je suis injuste envers THÖL lorsque j'applique cette désignation aux actions qu'il veut donner au destinataire préjudicié par la révocation de l'offre (*Handelsrecht* I § 57, 3e édit. p. 242). THÖL n'ajoute aucun signe pour les caractériser, car le motif qu'il indique : il a en honneur et loyauté un *droit* à ce que l'offrant maintienne son offre, laisse complètement indéterminée la nature de ce droit, de même que la nature du droit à des dommages-intérêts qui résulte de sa violation. Aurait-il en vue l'*actio de dolo*?

Digitized by Google

de dommage, c'est ce que leur rappelait tous les jours l'*act. doli*, et si malgré cela ils ont restreint les dommages-intérêts, pour les cas de cette espèce, à l'hypothèse du *dolus*, cela nous apprend clairement qu'ils reconnaissaient exactement le rapport de dépendance nécessaire qui existe d'une part entre la *culpa* et la forme restreinte du dommage et d'autre part entre le dol et la forme illimitée du dommage. L'*actio doli* est illimitée à un double point de vue. D'une part, à la place de l'objet *extérieur isolé* qu'exige le *damnum injuria datum*, se place ici la notion générale et abstraite du *patrimoine*. Celui-ci peut être diminué sans qu'aucune de ses parties extérieures ait été atteinte p. ex. lorsque par suite du *dolus* d'un autre, quelqu'un a été entraîné à se charger d'un cautionnement préjudiciable. D'autre part, à la place de la forme *mécanique*, extérieure, visible, immédiate, de l'atteinte préjudiciable, se place une atteinte indirecte, qui ne se manifeste pas extérieurement comme telle. Un mauvais conseil, un faux renseignement, une recommandation etc. donnés dans une intention doleuse, ne s'annoncent pas extérieurement comme une atteinte à la sphère juridique d'autrui, ces actes ne constituent pas, *en soi*, une injustice, et ne causent point *par eux-mêmes* un dommage; ils n'acquièrent, au contraire, ce caractère et cette influence que par le rapport qu'ils ont avec la volonté des deux parties; ainsi quant au défendeur, ils acquièrent le caractère d'*injustice* par la *direction* méchante de sa volonté, et quant au demandeur, ils acquièrent l'*influence préjudiciable* par suite de la *détermination* de volonté qu'elles ont fait naître. Or si, conformément à ce qui précède, il est absolument impossible de rattacher notre demande en dommages-intérêts aux deux cas cités de dommage extra-contractuel — et il n'existe point d'autres cas — il ne reste plus qu'à renoncer complètement à l'idée du caractère *extra-contractuel* de la responsabilité qui est la base de cette demande et à reconnaître qu'il est littéralement impossible de justifier

Digitized by Google

cette idée, ou bien à voir si, malgré la nullité du contrat, il n'y a pas moyen de ramener cette demande à la responsabilité contractuelle.

11. En fait, nous ne pouvons nous dissimuler qu'elle a une direction nettement accusée en ce sens. D'abord grâce à la cause extérieure qui l'a fait naître. La conclusion d'un *contrat* projetée et accomplie extérieurement ou en apparence, se représente dans tous les cas d'application de cette demande, et doit, d'avance, nous faire présumer que c'est dans le lien qui existe ici entre la *responsabilité* et le *rapport contractuel* que se trouve renfermée la nature propre de notre demande de dommages-intérêts. Il est du reste étonnant au plus haut point qu'en dehors de ce cercle étroitement limité, l'idée d'attribuer à la *culpa* une force obligatoire absolue apparaisse comme une impossibilité, tandis que dans ce même cercle elle se présente comme une nécessité imposée par les exigences de la justice (p. 3 et ss).

Ce lien entre la *culpa* et le rapport contractuel, on peut le concevoir comme purement extérieur, c.-à-d. que la *culpa* même sera extra-contractuelle et trouvera seulement dans la conclusion extérieure du contrat la possibilité de se réaliser, sans être d'ailleurs le moins du monde influencée dans sa nature juridique par cette liaison avec le contrat. Mais ce lien est en réalité un lien interne ; la *culpa* qui se présente ici est exactement de la même espèce que celle que nous rencontrons seulement dans les rapports contractuels. Il ne serait pas difficile de produire pour tous les cas de notre *culpa* (V. plus loin n° 22 et ss.) des décisions analogues de nos sources, mais se rapportant toutes exclusivement à des rapports contractuels, et jamais, à des rapports extra-contractuels. Ainsi p. ex. pour l'obligation du mandant d'indemniser le mandataire en cas de mandat exécuté de bonne foi par ce dernier, mais resté imparfait par suite de sa mort ou de la révocation, on pourrait invoquer les textes qui établissent cette obligation pour le cas du mandat devenu

Digitized by Google

parfait, mais dissous par suite de ces mêmes circonstances([25]); on pourrait invoquer pour la responsabilité en cas de dépêche télégraphique (p. 7) la L. 29 § 1, 2 mandati **17-1**; et la L. 5 de cond. c. d. (**12-4**) pour l'obligation de réparer le dommage en cas de retrait d'une offre ou d'une promesse publique. Examinons spécialement le cas visé ci-dessus d'une erreur d'écriture: personne ne contestera qu'une erreur d'écriture n'oblige point dans les rapports extra-contractuels, bien qu'elle puisse causer les plus grands dommages aussi bien que dans les rapports contractuels, tandis qu'elle oblige à des dommages-intérêts dans un rapport contractuel *existant*. Lui faire produire le même effet dans un rapport contractuel *naissant*, n'est autre chose au fond que la soumettre aux principes sur la responsabilité *contractuelle*. Il en va de même de l'erreur essentielle, du mauvais choix du messager etc.; dans les rapports extra-contractuels ils sont dépourvus de toute importance, dans les rapports contractuels ils obligent à des dommages-intérêts.

([25]) L. 26 pr. § 1 (Mand. 17-1).. *nam mandatum* SOLVITUR *morte; si tamen* PER IGNORANTIAM *impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur.* L. 58 pr. ibid. RICHELMANN l. c. p. 138 se sert de ce texte pour prouver « qu'il ne paraissait pas anormal aux Romains d'accorder des dommages-intérêts en vertu d'une action nulle quant à son effet principal, parce qu'il est indifférent que la nullité ait existé dès le commencement ou qu'elle ne soit survenue qu'après. » Je ne puis approuver ce raisonnement. En effet autre chose est de donner une action en vertu d'un mandat qui n'est nullement devenu parfait ou de laisser perdurer la force *obligatoire* du mandat une fois existant, après qu'il est survenu un événement qui a aboli la *qualité représentative* du mandataire; le *mandatum solvi* ne se rapporte qu'au premier cas et non au second. C'est pour le même motif que j'ai dû également repousser l'appui qu'un partisan de ma théorie a cru trouver dans la L. 5 pr. de cond. c. d. (**12-4**), citée dans le texte. Ce texte traite, il est vrai, de l'intérêt contractuel négatif et impose à l'une des parties l'obligation de rembourser les frais frustratoires occasionnés à l'autre par sa révocation, mais dans ce cas le contrat était déjà devenu parfait et n'était venu que plus tard à se rompre.

Digitized by Google

Un criterium sûr de la *culpa* contractuelle, d'après le droit romain, est la transmission de l'obligation aux héritiers; là où elle fait défaut la *culpa* est extra-contractuelle, là où elle a lieu la *culpa* est contractuelle. Il n'est pas besoin de faire remarquer que la transmission devait être admise quant à notre action en dommages-intérêts. Cela prouve indirectement qu'il s'agit ici d'une demande contractuelle([26]).

12. Tout ce que nous avons essayé jusqu'ici de montrer comme nécessaire, par des motifs de construction juridique, se trouve pleinement confirmé par la jurisprudence romaine, en ce qu'elle accorde l'action du contrat (*act. emti*) dans le but d'obtenir des dommages-intérêts. Comme on le sait, le nom de l'action n'est pas, dans la bouche des juristes romains, un simple mot, ou un pur détail de procédure, mais c'est l'expression du fond de la nature juridique du rapport que couvre ce mot. L'existence de l'*actio emti* dans notre cas, signifie donc: la demande de dommages-intérêts s'appuie sur une obligation *contractuelle*.

Mais comment cela est-il possible, puisque le contrat est lui-même nul? Si la nullité, ou *nullam esse emptionem* signifiait l'absence complète d'effets du contrat, une *actio emti* basée sur un pareil contrat serait un non-sens. La dation de l'*actio emti* est une preuve certaine que le contrat a produit *certains* effets. L'expression nullité, correctement employée, ne peut donc avoir qu'un sens restreint. Elle désigne non l'absence de *tous* les effets, mais seulement celle de *certains* effets. Le but de tout contrat est l'*exécution*; l'effet qu'on y a en vue consiste donc dans la production d'une *obligation d'exécuter*. Si maintenant, à cause du défaut de quelque condition nécessaire, cet effet est exclu, si de cette manière le but véritable du contrat est manqué, nous

([26]) Dans la L. 8 § 1 de relig. (11-7) ULPIEN fait expressément ressortir cette corrélation de la transmission de l'action avec sa nature contractuelle: *in heredem competit, cum quasi ex emto actionem contineat.*

Digitized by Google

l'appelons *nul*, et nous déterminons partant les notions de validité et de nullité d'après le *but pratique principal* du contrat. Mais cela n'empêche nullement que le contrat ne puisse produire des obligations d'une autre espèce, en tant du moins que celles-ci ne visent point l'*exécution*, mais p. ex. la *restitution* de la chose donnée, les arrhes, les dommages-intérêts (27). La qualité de la chose d'être *res extra commercium* exclut nécessairement la possibilité de l'*exécution*, mais non celle d'une autre obligation résultant de ce contrat. Les parties ont consenti, toutes les autres conditions du contrat à l'exception de la capacité de l'objet sont réunies; pourquoi donc ce contrat ne pourrait-il pas produire entre les parties une obligation, du moment que celle-ci n'a pas pour objet la prestation de l'objet même?

Pour le droit romain ancien, il se peut que cette observation ait été trop fine et trop factice; en tout cas je connais un cas où il a appliqué ce raisonnement, mais le droit nouveau s'est élevé jusque là. Il y a, de cela, au moins deux preuves incontestables. C'est d'abord l'*act. venditi* accordée après l'avènement de la condition du chef d'un contrat de vente conclu sous une condition résolutoire. Juridiquement, on le sait, c'est comme si le contrat n'avait jamais été conclu; le cas est parfaitement identique à celui du contrat nul dès le principe. Mais si l'effet principal du contrat manque, il n'en est pas de même des effets accessoires; il peut avoir produit des effets que l'on ne saurait convenablement faire cesser que par la voie d'une action personnelle. C'est donc à bon droit que le droit nouveau accorde ici l'action du contrat (28).

(27) Voilà comment il se fait que dans des cas où la plupart des juristes romains parlent de la nullité du contrat, d'autres peuvent parler de l'existence d'un contrat, p. ex. L. 4, 70 de cont. emt. (18-1) et d'autres note 65. Ceux-là ont en vue l'effet principal, ceux-ci l'effet accessoire. Je reviendrai plus loin (chap. III) sur ces textes.

(28) L. 6 § 1 de cont. emt. (18-1), L. 16 de in diem (18-2), L. 4 pr. de lege com. (18-3), L. 6 de resc. vend. (18-5). On peut se demander s'il faut

Digitized by Google

Le second cas est le nôtre ([29]). Il ne sera pas déplacé d'en préparer l'examen par un parallèle intéressant sur le terrain des droits réels. Nous y retrouvons, pour l'action réelle, le même phénomène que nous offre notre cas pour l'action du contrat. De même que l'*actio emti* exige régulièrement la validité du contrat, de même la *reivindicatio* exige la possession dans le chef du défendeur. Il y a, comme on le sait, deux cas où cette condition n'est point exigée pour cette dernière action : *si dolo quis desiit possidere* et *si liti se obtulit*, et alors la *reivindicatio* affecte absolument le même caractère que l'*actio emti* dans notre cas : celui d'une action en dommages-intérêts ([30]). De même que, dans notre cas, le demandeur reproche précisément au défendeur la non-existence des conditions du contrat, de même il lui fait ici un reproche analogue, avec cette différence, provenant de la différence entre le rapport contractuel et le rapport extra-con-

assimiler à ce cas celui où le contrat a été dans le principe valablement conclu, mais où son but principal est venu plus tard à faire défaut, soit par l'effet du hasard (L. 33 loc. 19-2 : *si fundus publicatus, tenearis ex emto, ut pretium restituas*), soit par la résolution conventionnelle du contrat (L. 11 § 6 de act. emti (19-1) L. 2 Cod. de pact. int. 4-54). Ici encore l'action du contrat tend à autre chose qu'à l'exécution.

([29]) Il ne manque pas en droit romain d'autres phénomènes analogues. L'*act. emti* en cas de nullité du contrat n'est ni plus ni moins que l'*act. mandati contraria* dans un cas où l'*act. directa* est inadmissible à cause du défaut d'intérêt dans le chef du mandant, notamment dans le *mandatum qualificatum*, ou que l'*act. communi dividundo* en remboursement des impenses après la perte de la copropriété (L. 6 § 1, L. 11, L. 14 § 1, comm. div. (10-3) en d'autres termes tous ces cas qui n'appartiennent qu'au droit postérieur, nous représentent l'action visant des buts secondaires dans des circonstances où le rapport juridique même n'atteint point son but principal.

([30]) Dans le second de ces deux cas, l'action, d'après le droit *antérieur* (L. 45 de her. pet. (5-3), L. 39 de dolo (4-3) tendait uniquement à des dommages-intérêts ; d'après le droit nouveau (L. 25-27 pr. de reiv. (6-1) elle tend aussi à une peine. Dans le premier cas elle tend tantôt à l'un tantôt à l'autre (L. 95 § 9 de solut. (46-3).

Digitized by Google

tractuel, que ce reproche est, ici, fondé sur le *dolus*. La similitude de la fonction des deux actions est encore plus frappante dans le cas *si quis liti se obtulit*. Ici, le demandeur a souffert un dommage parce que, par la faute du défendeur, il a faussement accepté le rapport juridique qui fait la base de l'action et qu'ainsi il a été amené à faire des actes préjudiciables ([31]).

Les explications qui précèdent ont montré que l'*act. emti*, dans sa fonction d'action en dommages-intérêts pour nullité de contrat, n'est ni un phénomène isolé, ni un phénomène sans explication ; que bien au contraire, dépouillée de ce qu'elle a de singulier en apparence, elle ne contient autre chose que ce principe élémentaire : la conclusion d'un contrat n'engendre pas seulement une obligation d'*exécuter*, mais encore, selon les circonstances, une obligation de *réparer le dommage*, lorsque l'exécution est rendue impossible par suite de quelque empêchement légal. L'expression *nullité* du contrat, d'après le langage romain et le langage actuel, désigne seulement l'absence de cet effet et non celle de tous les effets en général.

La *possibilité juridique* de l'action contractuelle en dommages-intérêts étant ainsi démontrée, il reste à expliquer cette action et à la déterminer de plus près à plusieurs points de vue. Deux questions surtout réclament une solution : celle de la base de l'action et celle de son étendue. Sur quoi repose-t-elle ? Repose-t-elle seulement sur une disposition législative arbitraire, ou peut-elle être déduite de la nature et de la nécessité interne du rapport contractuel ? Ensuite, est-elle restreinte aux deux cas prévus dans les sources, ou faut-il l'étendre à d'autres cas analogues p. ex. à la nullité du contrat pour cause d'incapacité de la personne, pour cause d'erreur etc. ?

([31]) L'un des textes cités dans la note précédente, la L. 45 de her. pet. se sert pour désigner notre action précisément des mêmes termes que MODESTIN et les Institutes (p. 10) : *quanti ejus interfuit non decipi.*

Digitized by Google

13. Quelle est donc la *base* ou le *motif législatif* de notre action? On pourrait concevoir l'idée de la mettre en relation avec la protection que le droit accorde au *bonae fidei possessor*. De même que ce dernier est propriétaire putatif, de même l'acheteur dans notre cas, est contractant putatif. Chez tous deux, un obstacle existant dans la personne de l'auteur s'oppose à la naissance du droit, mais tous deux ignorent cet obstacle et ont ainsi foi en l'existence de ce droit. Or, comme dans un grand nombre de cas([32]), le droit a attaché à cette existence putative les effets, ou au moins, certains effets du rapport existant objectivement, on pourrait également ne voir dans notre action qu'une émanation de cette idée générale de protection des rapports putatifs. Le domaine du droit d'obligations n'est pas inaccessible à cette idée, ainsi que nous l'apprennent d'une part l'*actio protutelae* ou l'action contre le tuteur putatif, et d'autre part le paiement putatif c.-à-d. l'effet libératoire qui, sous certaines conditions, est attribué au paiement fait au créancier putatif au lieu du créancier réel([33]). Il faut néanmoins, sans hésiter, repousser cette idée. En effet, l'*actio emti* de notre acheteur putatif n'a point été créée par imitation de l'action de l'acheteur réel, — il en serait ainsi, si les idées de BURCHARDI que nous avons combattues p. 17 et ss. étaient exactes. — L'action en dommages-intérêts que cet auteur a en vue est complètement différente de la nôtre. Ensuite, il était impossible que le législateur prît pour base la bonne foi de l'acheteur, pour imposer au vendeur, qui peut être tout aussi bien de bonne foi, l'obligation de réparer le dommage. La mesure ne peut se justifier que si l'on rencontre en même temps, dans la

([32]) Propriété putative, titre putatif d'usucapion, *jura in re aliena* putatifs, mariage putatif, le *liber bona fide serviens*, capacité putative des témoins solennels appelés (L. 1, Cod. de test. 6-23), des fonctionnaires (L. 3 de off. Praet. 1-14) etc.

([33]) L. 32, L. 34 § 3, L. 51, de solut. (46-3) etc.

Digitized by Google

personne du *vendeur* un élément qui la motive. Le *bonae fidei possessor* n'est jamais protégé aux dépens des tiers, et en cas de *bonae fidei possessio* commune, le défendeur a la préférence.

Le motif législatif de notre action ne peut donc, comme il le faudrait en suite de cette idée, être cherché dans la *bona fides* de l'acheteur, et l'action ne peut être mise en parallèle avec celle de l'acheteur réel. Nous devons au contraire nous en tenir à ceci qu'elle est une *action en dommages-intérêts*, et essayer si ce point de vue peut nous rendre compte de son existence. La condition régulière de l'obligation aux dommages-intérêts de la part du défendeur est la faute. Si nous réussissons dans l'occurrence à établir la faute, la question de la base de notre action sera résolue.

Lorsque la loi, dans les deux cas que nous connaissons, impose au vendeur la prestation des dommages-intérêts, elle lui fait ce reproche : vous n'auriez pas dû conclure le contrat, car vous auriez dû connaître l'obstacle, et par votre ignorance la partie adverse a subi un dommage. On ne peut méconnaître, il est vrai, qu'il y a des circonstances où les rapports peuvent être de telle nature que malgré la meilleure volonté du monde cet obstacle lui reste caché, ainsi p. ex. si la vente portait sur une chose léguée, située à l'extérieur et qu'il n'a jamais vue. Que le vendeur, même dans ce cas, doive être responsable, cela n'est pas seulement indubitable d'après les expressions des sources, mais cela est encore absolument conforme à l'équité. En effet, du moment que l'on se demande si c'est lui ou l'acheteur qui doit souffrir des conséquences de son ignorance, le choix ne peut être douteux. Mais peut-on parler ici d'une *culpa* dans son chef ?

En répondant affirmativement à cette question, je ne doute nullement que je ne doive m'attendre à de la contradiction et je ne sais si je pourrai la réduire au silence, mais je suis très convaincu pour ma part qu'un juriste romain n'aurait pas hésité à désigner l'ignorance du ven-

Digitized by Google

deur d'une manière absolue, et sans égard aux circonstances individuelles, sous le nom de *culpa*.

La même question, à savoir si l'ignorance du vendeur peut lui être mise à charge d'une manière absolue, se pose également pour les actions édilitiennes, relativement aux vices et défauts cachés. L'édit, on le sait, en rendait le vendeur responsable d'une manière absolue, sans avoir égard à son ignorance. Or, ULPIEN, dans la L. 1 § 2 de aed. ed. (21-1) cherche à justifier cette disposition en disant que le vendeur aurait *dû* connaître les vices, et qu'il importe peu pour l'acheteur que ce soit par l'ignorance ou par la malice du vendeur qu'il souffre un dommage([34]). Il met donc d'une manière absolue à la charge du vendeur l'ignorance du vice, bien qu'il ne pût lui échapper que cette ignorance est selon les circonstances tout aussi excusable que dans le cas ci-dessus. Il se sert du même argument pour l'*act. emti* lorsqu'on a promis l'absence de vices : L. 13 § 3 de act. emti (19-1)... *et putem teneri. Atquin ignoravit : sed non debuit facile, quae ignorabat, asseverare. Inter hunc igitur et qui scit interest : qui scit, praemonere debuit furem esse; hic non debuit esse facilis ad temerariam indicationem.*

L'ignorance du vendeur peut donc, en tous cas, être complètement excusable (p. ex. s'il était aveugle) ; néanmoins il y a une *culpa* dans le fait de vendre. Celui qui n'est pas complètement sûr de son fait, ne doit pas vendre : *non debet facilis esse ad temerariam indicationem* (*venditionem*). Il va sans dire qu'il ne faut pas distinguer si les qualités ont été expressément promises ou si elles ont été *tacitement* garanties par la conclusion même du contrat, p. ex. la capacité juridique de l'objet.

([34]) ..*etiamsi ignoravit. . tamen teneri debere; nec est hoc iniquum*, POTUIT *enim ea nota habere venditor, neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate.* SCHULTING, not. 1 ad Dg. ad h. l. renvoie à CICERON de offic. III, 17 : *qui enim scire* DEBUIT *de sanitate, de fuga, de furtis, praestat edicto Aedilium.*

Digitized by Google

14. Mais, dira-t-on, dans ces textes, le mot *culpa* ne se rencontre nulle part. Certes, mais lorsque le juriste fait un *reproche* au vendeur de son ignorance, lorsqu'il lui remontre qu'il aurait *pu* et *dû* connaître les défauts, et qu'il motive ainsi sa *responsabilité,* qu'est-ce autre chose qu'un reproche de *culpa?*

On m'objectera encore que pareille *culpa* déterminée d'une manière abstraite, sans égard aux circonstances individuelles, n'est qu'une *culpa* fictive, qu'une *praesumptio juris et de jure* de faute. Je concède volontiers que régulièrement chez les Romains l'existence de la *culpa* est recherchée dans chaque cas particulier, si bien qu'un acte ne passe jamais pour coupable d'une manière absolue et que si même il est présumé tel (p. ex. le fait de se laisser voler la chose) on admet la preuve contraire. Mais, d'autre part, les juristes romains ramènent souvent à une *culpa* de l'auteur, une responsabilité fondée exclusivement sur la nature du rapport juridique et entièrement indépendante de la conduite individuelle du coupable.

Que le mandant, indépendamment d'une *culpa* de sa part, doive réparer envers le mandataire le dommage qu'il a souffert *par suite* du mandat donné (et non pas seulement *à l'occasion* de son exécution), cela constitue une loi d'équité que le droit romain reconnaît expressément, aussi bien dans des décisions concrètes, que sous une forme abstraite([35]). Cela n'empêche qu'AFRICAIN, dans la L. 61 § 5 de furtis, citée en note, où il proclame lui-même ce principe, appelle à son aide la *culpa* du mandant. Il y avait mandat d'acheter un

([35]) V. pour cette forme abstraite la L. 61 § 5 de furt. (47-2) ..*nemini officium suum damnosum esse debet.* Quant aux décisions concrètes, v. outre celle de la loi précédente, la L. 17 pr. de in rem verso (15-3), d'après laquelle le mandant doit rembourser l'argent prêté par le mandataire et perdu sans sa faute, L. 8 § 8, L. 29 § 2, mand. (17-1). V. aussi pour le *socius* L. 52 § 4, L. 61 pro socio (17-2) et pour d'autres p. ex. L. 2 § 7 de her. vend. (18-4).

Digitized by Google

esclave déterminé, et celui-ci avait volé le mandataire. AFRICAIN décide que le mandant doit réparer le dommage, même s'il n'a pas connu le caractère voleur de l'esclave et il appuie cette décision d'abord sur le motif que sans le mandat, le mandataire n'aurait point subi le dommage; ensuite sur la sentence reproduite en note : *nemini officium* etc. ; et enfin sur ce que :

culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere; nam certe MANDANTIS CULPAM ESSE, *qui* TALEM *servum emi sibi mandaverit.*

AFRICAIN a-t-il bien fait de faire intervenir la considération de la *culpa*? peu m'importe; il suffit parfaitement, pour mon but, que d'*une manière absolue* il impute au mandant son ignorance comme une *culpa*, sans laisser place pour l'excuse individuelle de cette faute ([36]). Or s'il y a déjà une *culpa* à ne pas connaître les qualités d'une chose *étrangère*, à combien plus forte raison ne devra-t-on pas regarder comme telle, la même ignorance dans la vente d'une chose propre ?

Celui qui à l'insu de ses associés accueille un tiers dans la communauté, répond d'une manière absolue, envers eux, des actes de ce tiers([37]); il supporte le *periculum* de son choix. Il ne faut donc pas, de sa part, une *culpa in eligendo;* néanmoins ULPIEN, dans la L. 23 pr. pro soc. justifie cette responsabilité par le point de vue de la *culpa : quia difficile est negare culpa ipsius admissum;* — ce qui ne veut pas dire que la seule conclusion de la nouvelle société, comme telle,

([36]) Moyennant quelqu'impartialité, on ne peut cependant méconnaître, comme le font HASSE, Culpa p. 402 (6e édit.) et MOMMSEN l. c. III, p. 369, que la *culpa* n'est pas appréciée ici selon la mesure habituelle, et que si cette dernière avait dû être appliquée, la décision pouvait être toute autre selon les circonstances. Que devient, en effet, la *culpa* individuelle lorsque le mandant a pris tous les renseignements possibles sur l'esclave et a été trompé tout de même? D'après le *nam certe* d'Africain, il est responsable quand même.

([37]) L. 19-23 pro socio (17-2).

Digitized by Google

contienne une violation de devoirs; le *socius* ne fait rien qu'il ne puisse faire, mais il doit répondre du résultat.

Rappelons que pour la *mora* aussi, on a soulevé la question de savoir si elle contient un cas d'application de la *culpa*, et je me rallie à l'opinion de ceux qui répondent affirmativement ([38]). Or, dans la *mora*, les rapports peuvent se présenter exactement de la même façon que dans notre cas. Quelqu'un promet de prester dans un certain délai une chose, dont l'obtention, d'après toutes les prévisions, ne pouvait faire la moindre difficulté, p. ex. un article que tout marchand de la localité a l'habitude de tenir, mais qui contre toute attente est venu à manquer partout. La *culpa* de celui qui a promis ne consiste pas ici en ce qu'il n'a pas procuré cet article — il a fait, pour cela, tout ce qui était en son pouvoir — mais à avoir *conclu un contrat sans être sûr de son affaire*. Nous faisons le même reproche au vendeur d'une *res extra commercium*, et il allèguerait vainement que d'après les circonstances il n'y avait aucun motif de douter de la capacité juridique de l'objet.

Il n'y a donc point lieu de distinguer ici entre l'excusabilité et l'inexcusabilité de l'erreur; toute erreur de ce genre est inexcusable ([39]). Celui qui promet ne peut point se trom-

([38]) VANGEROW *Lehrb. der Pand.* III, § 588 note 1. L'opinion contraire s'appuie uniquement, d'après ce que je vois, sur le mot *culpa*. On peut lui concéder que les Romains n'emploient pas ici le mot *culpa*, puisqu'ils avaient l'expression plus spéciale de *mora*, mais je ne parviens pas à comprendre comment on peut contester qu'en fait la *mora* contienne un cas d'application spéciale de la *culpa*.

([39]) L. 19 § 1, Loc. (19-2).. *nec ignorantia ejus erit excusata*. Ce texte traite du cas où l'on a pris en location des tonneaux à vin défectueux et il oblige, sans réserve, le bailleur à répondre du dommage. Or, il n'est pas besoin de démontrer que son ignorance de cette défectuosité peut être complétement excusable p. ex. le fabricant qui a fait les tonneaux a commis une faute que l'acheteur ne pouvait apercevoir extérieurement. Il en est de même dans le cas de la L. 13 § 6 ibid., si les vêtements ont été livrés à une personne qui ressemblait parfaitement à celle qui les a apportés.

Digitized by Google

per; s'il se trompe, ce doit être à ses propres dépens et non aux dépens de l'autre partie.

15. Si, d'après ce qui précède, il est difficile de contester que dans notre rapport, nous *pouvons* ramener la responsabilité du vendeur à la *culpa*, on peut cependant faire cette objection : en quoi cela est-il *nécessaire?* pourquoi ne pas s'en tenir simplement à cette règle que le vendeur répond de la capacité de l'objet et que si celle-ci manque il doit réparer le dommage? Cette *culpa*, dira-t-on, n'est qu'une autre expression pour désigner la responsabilité légale du vendeur, or, comme la faute doit être admise partout où cette responsabilité a lieu, il n'y a aucun intérêt, ou du moins aucun intérêt pratique, à en faire l'objet d'une discussion.

Mais tout cela n'est que pure apparence. Tout d'abord, à ce point de vue de la *culpa* se rattachent la justification et l'explication juridiques de l'obligation en dommages-intérêts du vendeur. Sans ce point de vue, cette obligation apparaît comme une disposition positive dictée par les exigences de l'équité, mais complètement isolée. Grâce à lui, elle se range sous une loi générale de la théorie des contrats, à savoir que chaque partie est responsable envers l'autre du dommage qu'elle lui a causé par sa *culpa*. Sans lui, on se trouve en présence d'une action en dommages-intérêts qui n'exige point de faute dans le chef du défendeur; avec lui, on échappe à cette singularité, et l'action garde le caractère normal de toute action en dommages-intérêts.

Le deuxième intérêt qui se rattache au point de vue de la *culpa*, nous amène en même temps à la *seconde* question soulevée ci-dessus (p. 30), à savoir celle de la possibilité d'une extension de notre action à des cas analogues, ou pour parler plus exactement, à sa *généralisation en principe*. On ne peut trouver un principe général pour notre action qu'au moyen de la *culpa*. Si nous n'appelons pas celle-ci à l'aide, nous devons nous en tenir aux deux cas des sources, et c'est,

Digitized by Google

en effet, ce qu'on a fait jusqu'à ce jour. Il manque ici un pont pour arriver des deux cas prévus aux nombreux autres cas où le besoin d'une action en dommages-intérêts se fait également sentir. Sinon, où serait le motif *juridique* (je ne parle point de la raison législative) pour étendre par analogie la décision des sources, p. ex. au cas où il s'agit d'une autre espèce d'erreur?

16. Nous allons essayer d'établir et de motiver, d'une manière générale, la notion de la *culpa in contrahendo* qui n'a été développée, jusqu'ici, que dans son application aux deux cas prévus par les sources.

Du moment que, dans ces deux cas, on fonde l'obligation du vendeur de réparer le dommage sur une *culpa*, il faut nécessairement admettre le même effet dans tous les cas où une *culpa* semblable se produit. On ne voit pas pourquoi la *culpa* devrait être liée précisément à la forme concrète sous laquelle elle apparaît dans les sources. Ce qui se décide pour la *succession* non existante, ne doit-il pas aussi se décider pour la créance, pour la chose inexistante etc.? Ce qui est vrai pour la *res extra commercium* ne doit-il pas aussi être vrai pour une chose frappée d'une prohibition d'aliéner? Ce que l'on admet pour le vendeur, ne doit-on pas l'admettre aussi pour l'acheteur, et ce qui est vrai du contrat de vente, ne doit-il pas être vrai aussi pour le contrat de louage, le mandat, etc.? Dépouillons la *culpa*, dans les deux cas prévus par les textes, de sa forme concrète accidentelle; nous verrons qu'elle consiste en ce que le vendeur contracte *sans pouvoir prester les conditions de la validité du contrat dans sa personne, et induit l'autre partie en erreur par la fausse apparence du contrat.* Le contractant sort par là même du cercle purement négatif des relations extra-contractuelles pour entrer dans le cercle positif dces ontrats; il passe du domaine de la simple *culpa in faciendo* dans celui de la *culpa in non faciendo*, de la *diligentia* positive; la première, la plus générale des obliga-

Digitized by Google

tions qu'il assume ainsi est d'employer la *diligentia* nécessaire dès le moment même du contrat. Non seulement les rapports contractuels *existants*, mais déjà les rapports *naissants* doivent se trouver sous la protection des règles sur la *culpa*(40), afin que les relations contractuelles ne soient pas gravement compromises et que chaque contractant ne soit pas livré au danger de devenir la victime de la négligence d'autrui. Pour les garantir contre ce danger, il ne faut pas les obliger de se stipuler expressément l'absence de la *culpa*, ou plus spécialement la présence des conditions du contrat, la loi peut et doit leur épargner cette peine, en attachant à la conclusion même du contrat la preuve de l'acceptation tacite de cette garantie. Dans les rapports extra-contractuels, nul ne peut demander à autrui garantie pour la certitude et la vérité de ses déclarations et de ses affirmations; la loi ne protège que contre le *dolus*, non contre la *culpa*, et on doit s'en prendre à soi-même, lorsque par une aveugle confiance dans les dires de tiers, on subit un dommage, car on devait connaître l'absence de force obligatoire de ces dires. Dans les relations contractuelles, au contraire, où précisément ces déclarations *doivent* avoir force obligatoire, l'une des parties peut attendre de l'autre qu'elle vérifie si elles sont fondées; la première n'est pas, en règle générale, en mesure de faire elle-même cette vérification. L'autre partie, en concluant le contrat avec elle, lui garantit par cela même le résultat favorable de cette vérification et si, pour ce motif, elle doit, lorsque le contrat est venu à perfection, répondre, par la prestation de l'intérêt *positif*, des *dicta promissa*, de l'éviction, en un mot de ses affirmations, elle le doit pareillement par la prestation de

(40) Je vois une émanation de ce principe dans la règle connue : *Quotiens per eum, cujus interest, conditionem non impleri, fit quominus impleatur, perinde habetur ac si impleta conditio fuisset*. Avant l'accomplissement de la condition, le contrat n'est qu'en voie de formation.

Digitized by Google

l'intérêt contractuel *négatif* lorsque le vice existant dans sa personne, et qui lui a échappé, a causé la nullité du contrat, et infligé ainsi un dommage au co-contractant. Que ce soit verbalement ou par son fait qu'elle a assuré être en position de conclure ce contrat déterminé, cela importe peu, cette assurance se trouve en tous cas dans le fait même de la conclusion du contrat.

Le premier pas vers le contrat est l'offre. L'obligation de prester la *diligentia in contrahendo* commence-t-elle déjà avec elle? Certes; seulement tant que l'offre n'est pas acceptée, cette obligation ne peut entraîner aucune suite préjudiciable; dès lors si l'offre est révoquée avant l'acceptation, il n'y a pas lieu à une demande de dommages-intérêts, même lorsque l'autre partie en a éprouvé un dommage. Ce dommage elle doit se l'imputer à elle-même. Celui qui, sur la foi d'une offre, au lieu d'accepter d'abord cette dernière, a l'imprudence d'agir sur le champ, de prendre immédiatement des mesures pour exécuter le contrat, de contracter avec des tiers etc. est lui-même *in culpa*, car il devait s'attendre à la possibilité de la révocation de l'offre jusqu'au moment de son acceptation. A partir de ce moment seulement il est en droit de continuer à bâtir sur la base du contrat devenu parfait en réalité ou seulement en apparence, et si les mesures qu'il a prises dans ce but ont été rendues inutiles par une révocation de l'offre, faite en temps utile, mais qui n'a pas été portée à sa connaissance en temps utile, il peut renvoyer les conséquences préjudiciables à l'adversaire qui l'a provoqué à faire ces actes. Nous ne pourrons développer cette question que plus loin.

17. J'ai dit ci-dessus que le commerce juridique ne peut en aucune manière se passer du principe de la *culpa in contrahendo* et je crois renforcer considérablement le poids de mes explications théoriques en montrant comment ce principe — d'une manière inconsciente, il est vrai, mais d'autant plus frappante à mon point de vue, — a été appliqué

Digitized by Google

dans une série de cas particuliers, tant par la doctrine du droit commun que par les législations nouvelles. Sur le premier de ces terrains, la nécessité de l'action en dommages-intérêts n'a, il est vrai, été reconnue que dans les deux cas précités (notes 3 et 6)([41]), mais quant aux législations nouvelles, le Landrecht général de la Prusse et le code civil général de l'Autriche, surtout le premier, m'ont donné une confirmation tout à fait surprenante de mes idées, tandis que je n'ai rien pu trouver dans le droit français, chose que je ne puis probablement imputer qu'à ma propre ignorance. A en juger d'après le précédent du droit romain, je me promettais à peine un résultat de l'examen des deux codes dont il s'agit, mais mes recherches ont réussi au-delà de mes espérances.

Le paragraphe suivant montrera au lecteur que je ramène à trois points les conditions du contrat à défaut desquelles existe, d'après ma théorie, la *culpa in contrahendo: capacité du sujet*, *de l'objet* et *certitude de la volonté*. Je combinerai d'après ces trois points de vue les matériaux que m'offrent ces codes([42]).

1. *Capacité du sujet.*

18. Landrecht prussien. I. 5 § 33.

« Celui qui, après s'être dûment informé, a néanmoins « été induit à conclure un contrat avec un incapable, peut « demander d'être indemnisé sur les biens de ce dernier. »

([41]) Dans SEUFFERT, *Archiv für Entscheidungen oberster Gerichtshöfe*, à part le cas de révocation de l'offre entre absents, on ne trouve rien.

([42]) Pour le droit autrichien je n'avais à ma disposition outre le traité de UNGER, *Osterr. Privatrecht* qui n'en est pas encore arrivé aux obligations, que le commentaire de ZEILLER — ouvrage qui comme tant d'autres parle là où il devrait se taire, et se tait là où il devrait parler. Les collègues de ces trois pays qui liront ce travail m'obligeront infiniment en me communiquant ce que la théorie et la pratique de leur pays ont produit à ce sujet; j'en ferai l'objet d'un appendice que je publierai plus tard.

Digitized by Google

§ 36 « Celui qui, connaissant son incapacité, a induit un « autre à conclure un contrat, sera puni comme trompeur. »

Le dernier § parle de *dolus*, et il pouvait dès lors sembler que le premier également n'a en vue que ce cas (donc l'*actio doli*). Mais l'expression *induire* dans le § 33 ne doit pas être rapportée uniquement au *dolus*, elle est plutôt synonyme de *occasionner;* cela résulte de ce que le § 36 en faisant ressortir d'une manière expresse la connaissance de l'incapacité, reconnaît comme possible le fait d'*induire*, sans pareille connaissance. Dans le cas principal que la loi a en vue, celui de l'incapacité de personnes sous tutelle, la connaissance de l'incapacité existera en règle générale([43]), mais on peut cependant concevoir des cas où le contraire se présente([44]), de sorte que d'après le droit prussien l'action en dommages-intérêts est fondée même dans le cas de *culpa*([45]).

Le code contient encore une décision spéciale sur le cas où un fils de famille s'est fait passer pour un *homo sui juris*. Landrecht II, 2 § 135.

([43]) D'après le § 34 ib. lorsqu'il s'agit de personnes de moins de 18 ans, l'adversaire n'est pas reçu à prétexter qu'il ignorait leur minorité.

([44]) P. ex. d'après le droit romain, lorsque le mineur était dans l'erreur sur son âge véritable. L. 4 C. si minor. (3-43) ; d'après le droit prussien, dans lequel la *cura furiosi* ne cesse point de plein droit (§ 815-820) lorsque le malade d'esprit complétement guéri conclut un contrat dans la croyance qu'avec la capacité d'agir naturelle, il a aussi recouvré la capacité juridique, et même chez le mineur de plus de 18 ans, on ne pourra pas admettre d'une manière absolue la connaissance dans son chef par le motif qu'il *devait* connaître son incapacité. D'après le droit français la déclaration du mineur qu'il est majeur ne suffit point pour exclure la *rest. in integrum*, il faut de plus de fausses apparences et des manœuvres frauduleuses. K S ZACHARIAE *Handb. der fr. Civilr*, II, p. 319 (5e édit.).

([45]) BORNEMANN, *Syst. Darstellung des preuss. Civilr.* I, § 13 (2e édit. sp. 5) admet le contraire mais pour un motif que je crois avoir réfuté dans le présent travail, à savoir que comme il n'existe jamais de rapport contractuel lorsque l'on a traité avec un incapable, la réparation du dommage ne peut jamais être réclamée que *ex delicto*.

Digitized by Google

« Cependant le créancier qui a été réellement trompé « par un pareil débiteur, sans qu'il y ait négligence de sa « part, sera admis, d'après les dispositions générales de la « loi, à demander la réparation du dommage sur les biens du « débiteur. »

Le mot *trompé* montre qu'il s'agit ici de *dolus*.

Le droit autrichien limite l'action en dommages-intérêts exclusivement à l'hypothèse du *dolus*.

C. civ. général de l'Autriche § 866.

« Celui qui allègue *frauduleusement* être capable de « conclure des contrats et trompe ainsi une personne qui ne « peut facilement obtenir des renseignements à cet égard, « est tenu à réparation. »

§ 248. « Le mineur âgé de 20 ans accomplis qui, dans un « contrat, se fait passer pour majeur, répond de tous les « dommages lorsque l'autre partie ne pouvait facilement se « procurer avant la conclusion du contrat des renseignements « sur la vérité de ses allégations ([46]). »

2. *Capacité de l'objet.*

19. Landrecht I, 5 § 53.

« Si l'impossibilité conditionnelle n'était connue que de « celui qui s'obligeait à l'acte ou à la prestation impossible, « il doit dédommager complètement l'autre partie. »

Ce que ce § dispose pour les actes impossibles doit, d'après le § 67, s'appliquer également en matière de choses hors du commerce. Le *dédommagement complet* dont il est ici question signifie-t-il l'intérêt positif ou négatif? la question est douteuse([47]). Dans le premier cas, l'action ne serait pas appli-

([46]) D'après le langage du Code (§ 1323, Réparation et satisfaction) le premier paragraphe a en vue l'intérêt que le créancier a à l'accomplissement de la promesse et le second l'intérêt négatif.

([47]) Koch, *Preuss. Privatrecht* I, p. 228-229 admet la première opinion, Bornemann II, p. 234, s. admet la seconde.

Digitized by Google

cable, dans le second, comme la loi ne la donne qu'en cas de connaissance de la part du défendeur, elle serait bien plus restreinte que dans le droit romain ([48]).

D'autre part le droit autrichien accorde également une action dans le cas d'ignorance coupable.

Code civil gén. § 878.

« Ce qui ne peut être presté, ce qui est absolument « impossible ou illicite, ne peut devenir l'objet d'un contrat « valable. Celui qui trompe autrui au moyen de pareilles « assurances ([49]), *celui qui par ignorance coupable lui nuit* « ou tire un profit de son dommage en reste responsable. »

3. *Certitude de la communication de la volonté.*

20. Parmi les nombreux cas relatifs à ce point, je n'en ai trouvé mentionnés que deux, savoir celui de la *révocation d'une offre*,

Landrecht I, 5 § 105.

« S'il l'a omise (la dénonciation en temps utile de la révoca- « tion, là où elle est permise par la loi. § 90 s. et 103, 104) « et si dans la suite, il se trouve que l'autre a réellement « déclaré son acceptation en temps utile, il doit l'indemniser

([48]) Bornemann II, 234 est néanmoins d'avis que bien que dans le cas où l'impossibilité conditionnelle était inconnue aux deux parties, la loi n'accorde pas expressément un droit à des dommages-intérêts, il suit cependant des principes généraux sur la responsabilité de la négligence dans la conclusion des contrats que dans ce cas également, le contractant qui est seul ou principalement *in culpa* doit dédommager l'autre.

([49]) La loi n'a en vue ici que le cas de la *conclusion extérieurement accomplie* du contrat. Il n'est pas besoin de le faire remarquer. On peut juger de la valeur juridique de l'ouvrage de Zeiller par cette remarque qu'il fait au sujet de ce § : « Celui qui par de fausses *indications* (p. ex. que l'industrie offerte est à vendre [!]) trompe autrui, qu'il soit contractant, ou tiers (commissionnaire), doit satisfaction. » La loi parle d'*assurances*; le commentateur pour employer au moins un autre mot, parle d'*indications* sans soupçonner à quel point il s'écarte ainsi du contenu de la loi.

Digitized by Google

« pour le dommage qui est résulté dans l'intervalle des « dispositions prises pour l'exécution du contrat (50). »
et le cas *de l'erreur* (51).

Landrecht I, 4 § 79.

« Si néanmoins il (le déclarant) a commis l'erreur par suite « de sa propre faute lourde ou moyenne, et si l'autre n'a pas « su que le déclarant se trompait, le déclarant est tenu de « réparer le dommage résultant de son erreur. »

Parmi les cas relatifs à ce point, je citerai encore, plus loin, celui de l'obscurité de l'expression; sur ce cas, il est vrai, le droit autrichien contient une disposition expresse :

C. civ. g. § 869.

« Celui qui, pour porter préjudice à un autre, se sert « d'expressions obscures ou fait un acte simulé doit satis- « faction. »

Mais comme la loi exige l'intention, c'est de l'*act. doli* et non de notre action qu'il y est question.

Mais d'autre part il y a, sinon dans le code, du moins dans la doctrine du droit prussien, un autre cas d'application de notre principe. Les promesses publiques (Primes), d'après le Landrecht I, 11 § 988, en tant qu'elles concernent « des travaux intellectuels utiles ou des capacités ou entreprises corporelles d'une utilité générale », donnent lieu à une action

(50) V. à ce sujet Koch II, p 168 et surtout Bornemann II, p. 247. Le droit autrichien qui exclut également la révocation de l'offre avant le temps fixé au § 862, ne s'explique pas sur ce point, néanmoins Zeiller remarque sur ce § : Les événements et les retards extraordinaires par suite desquels, malgré la prévoyance de la loi, l'une ou l'autre partie peut souffrir un dommage doivent être appréciés d'après les dispositions sur la culpabilité et le cas fortuit établies au chapitre du droit aux dommages-intérêts. »

(51) Koch I, p. 220, Bornemann I, p. 144 et surtout la remarque de Suarez reproduite à la note 2 : Mais cela est une conséquence de ce que celui qui se trompe de cette manière doit indemniser l'autre partie qui n'a pas connu l'erreur, qui s'en est référée à sa déclaration de volonté, et a pris ses mesures en conséquence — témoignage intéressant du bon sens et de l'indépendance d'esprit de cet auteur vis-à-vis du droit romain.

Digitized by Google

et l'auteur de la promesse ne peut révoquer la prime avant l'expiration du temps fixé. Cela ne s'accorde point, il est vrai, avec la disposition du projet de KOCH([52]) qui l'oblige pour le cas de révocation subséquente « à dédommager tous ceux qui ont déjà entrepris la solution, pour les peines et les frais que cela leur a coûtés ». En effet cette révocation ne peut être admise d'après la loi. On peut cependant, avec BORNEMANN([53]), faire usage de notre action dans un cas que la loi ne mentionne nullement et auquel la défense de révoquer ne s'applique point, à savoir lorsqu'une récompense est promise pour la découverte d'un délit, pour la trouvaille d'une chose, etc. Cet auteur ajoute encore un cas d'application relatif au même rapport, celui où le promettant, après que l'invitation publique a déjà atteint son but, néglige de faire connaître ce résultat au public.

Après ces cas d'application isolés de notre action, le code prussien finit par établir cette règle :

Landrecht I, 5, § 284.

« Ce qui est disposé pour le degré de faute dont on répond « dans l'exécution du contrat est également applicable au cas « où l'un des contractants, *dans la conclusion du contrat, a « négligé les devoirs qui lui incombaient.* »

On ne peut guère imaginer une reconnaissance plus claire de ma *culpa in contrahendo*. Autant que je puis en juger([54]), la jurisprudence prussienne a laissé échapper à son attention ce paragraphe d'une si haute importance, qui renferme en lui notre théorie tout entière et qui, s'il s'était trouvé dans les sources du droit romain, m'aurait épargné toutes mes

([52]) Loc. c II, p. 460. Cette opinion, ainsi que le rapporte BORNEMANN III, p. 193, a été réellement adoptée dans le second projet et à mon avis elle mérite la préférence, mais dans le Landrecht on en est revenu à la disposition du premier projet.

([53]) III, § 206 (2e édit., p. 194).

([54]) Je n'ai eu à ma disposition, outre les deux ouvrages cités, que le commentaire de BIELITZ.

Digitized by Google

déductions. Je renonce volontiers à rechercher si les auteurs du Landrecht ont eu conscience de sa portée, mais comme il ne s'agit pas ici de conjectures, mais du contenu clairement exprimé de la loi, le désir d'en comprendre la doctrine dans toute son étendue ne saurait soulever aucune objection.

Si c'est une pierre de touche pour la valeur pratique d'une théorie qu'en suivant sa voie propre, elle concorde en définitive avec la législation et qu'elle parvient à ramener à un principe supérieur et à justifier théoriquement les dispositions sporadiques que la législation, conduite par les nécessités de la pratique, a prises non seulement en dehors de la théorie régnante, mais encore en contradiction apparente avec elle — s'il en est ainsi, ma théorie a, je crois, subi cette épreuve et sa *légitimité pratique* ne peut plus être révoquée en doute. Quant à savoir si la *légitimité théorique* peut lui être contestée au point de vue du droit romain, c'est ce que l'avenir doit nous apprendre. Quant à moi, qui depuis des années l'ai méditée, pratiquée, et me suis entièrement incorporé en elle, je suis absolument convaincu de son exactitude; tout au plus pourrais-je peut-être, çà et là, aller trop loin dans l'application de ma théorie aux cas particuliers (chap. III). A la vérité, celui qui ne fait consister la mission de la jurisprudence que dans l'explication des textes obscurs, à la lumière de l'herméneutique, peut renverser toute ma théorie au moyen de cette simple objection que l'expression *culpa in contrahendo* ne se rencontre nulle part dans le *corpus juris*.

21. Continuant maintenant à bâtir sur la base acquise dans ce qui précède, je veux maintenant opérer avec la notion de la *culpa in contrahendo* comme avec un principe établi et développer ses conséquences. A cette fin je résume ma théorie dans la règle suivante :

La *diligentia* contractuelle est requise dans les rapports contractuels en voie de formation aussi bien que dans les rapports établis. L'inobservation de cette *diligentia* donne

Digitized by Google

lieu, dans l'un comme dans l'autre cas, à l'action contractuelle en dommages-intérêts.

La *culpa in contrahendo* n'est autre chose que la *culpa* contractuelle dans une *direction* spéciale. De là découlent les conséquences suivantes :

1° Quant à sa *classification systématique*. Elle trouve sa véritable place dans la théorie de la *culpa* dans les rapports contractuels; dans la théorie de la conclusion des contrats, il y a lieu tout au plus d'y faire un renvoi.

2° Quant au *degré* de la *culpa* à prester. Le même degré de faute qui doit être presté pendant la *durée* du rapport contractuel, doit aussi l'être dans sa *formation*, car les mêmes motifs tirés de la nature du contrat, qui là décident ce point, existent également ici.

3° Quant aux *personnes* qui doivent prester la *culpa*. Ce sont uniquement les *contractants mêmes*, et non les tiers qui coopèrent à la conclusion du contrat, et encore les premiers seulement dans l'hypothèse où une *culpa* de telle espèce déterminée peut leur être imputée.

Je retire de cette manière l'opinion que j'ai précédemment émise dans la dissertation intitulée : De la coopération aux actes d'autrui (p. 280 à 283). D'après cette opinion, le messager répond de sa méprise commise dans l'exécution de sa commission. Je ne trouvais pas moyen, alors, de déduire la responsabilité du commettant, et, sentant que nécessairement l'une des deux personnes devait être responsable, je me décidais pour le messager en apparence seul coupable. Je me trouve aujourd'hui dans la situation inverse : je parviens à déduire la responsabilité de l'expéditeur (v. chap. III sect. 3) et non celle du messager ([55]). Ce dernier n'entre dans aucun rapport obligatoire avec celui qui reçoit la commission; il faudrait donc pour donner à celui-ci contre lui, une action en dommages-intérêts, considérer la *culpa* dans les relations

([55]) J'ai déjà dit plus haut tout ce qu'il y avait à dire de la tentative de Thöl (p. 3).

Digitized by Google

extra-contractuelles comme une cause absolue d'obligation, thèse que j'ai déjà repoussée plus haut (p. 12). Que le messager répond envers l'expéditeur, pas n'est besoin de le dire.

L'application de ce qui vient d'être dit au *représentant* dépend de la question de savoir jusqu'à quel point on veut encore, d'après le droit actuel, le traiter comme *contractant*. S'il l'est, il répond comme tout contractant en général, donc aussi de la *culpa in contrahendo*; tel est en particulier le *remplaçant*, c.-à-d. celui qui contracte *pour* un autre, mais *en son propre nom*. Comme le mandat donné à ce dernier n'a pour lui que la signification d'un *motif* pour contracter, son erreur sur la teneur du mandat doit être considérée comme une *erreur sur les motifs;* le contrat est donc obligatoire pour lui, bien qu'il l'ait exécuté autrement qu'il n'en avait reçu ordre. C'est exactement comme si quelqu'un avait conclu pour lui-même un contrat, auquel il a été déterminé par des suppositions fausses. Le remplaçant qui au lieu d'1/4 de caisse de cigares, comme le porte sa commission, achète 4 caisses, parce qu'il croit réellement avoir compris ainsi, *veut* réellement avoir 4 caisses du vendeur; il n'y a aucun écart entre le contenu et la manifestation de la volonté; le contrat n'est donc pas nul à cause d'une erreur essentielle, et dès lors, l'autre partie contractante peut exiger l'exécution et non pas seulement des dommages-intérêts. Au contraire, lorsque le remplaçant dit autre chose que ce qu'il voulait dire, lorsque p. ex. il commet une erreur de plume quant à la quantité ou l'adresse, il répond comme tout contractant, uniquement de dommages-intérêts pour *culpa in contrahendo*.

Ce n'est pas ici le lieu de déterminer la position juridique du représentant dans le sens propre c.-à-d. de l'intermédiaire qui, sans être, comme le messager, un simple instrument pour une déclaration de volonté étrangère, contracte d'une manière indépendante, *au nom d'autrui*, p. ex. qui cherche lui-même la maison qu'il doit louer, qui en débat et accepte

Digitized by Google

le prix. Si on est d'avis qu'il *contracte* lui-même, il faut lui appliquer les principes sur la *culpa* contractuelle ; si on est d'avis qu'il ne fait que *communiquer* la volonté du mandant (en se bornant à la fixer individuellement), alors c'est ce dernier qui est contractant; le représentant prend la position légale du messager, et partant, ne répond point envers le tiers d'avoir par faute outrepassé son mandat([56]).

La forme de procédure pour faire valoir la prétention née du chef de *culpa in contrahendo* est l'*action du contrat*. De là résultent les conséquences suivantes :

1. Là où l'*action du contrat* n'est pas possible en général, ou ne peut s'appuyer sur une *culpa*, elle ne l'est pas non plus dans cette application. Ainsi dans les actes qui ne sont pas des *contrats* p. ex. la tradition comme telle, en matière de constitution de servitudes, ainsi encore dans les donations et legs, bien qu'ils engendrent une action personnelle. Ainsi encore dans les contrats, qui d'après le droit romain excluent la possibilité d'une *culpa*, tels que le prêt, ou qui n'obligent que l'une des parties, tels que la stipulation. D'autre part, dans un contrat unilatéral, on peut concevoir du côté du créancier une action du chef de *culpa in contrahendo* de l'autre partie, et nous en donnerons des exemples dans le chapitre suivant.

Il semble résulter de là, en outre, que les personnes qui ne peuvent être actionnées en *exécution* du chef de leurs contrats, notamment les personnes sous tutelle, ne peuvent pas davantage être actionnées en dommages-intérêts, puisque l'*action du contrat*, en général, ne se conçoit pas contre elles. Nous verrons plus loin (n° 23) si cette conclusion est fondée.

2. Le droit passe de part et d'autre aux héritiers, avec l'action du contrat.

([56]) Le Code de commerce art. 55 donne contre le mandataire commercial qui, en contractant, excède ses pouvoirs, une action en dommages-intérêts ou en exécution, au choix de l'adversaire.

Digitized by Google

3. Il se prescrit comme l'action du contrat.

J'aborde maintenant le développement casuistique de ma théorie.

CHAPITRE III.

Casuistique de la *culpa in contrahendo*.

22. Je me suis proposé, dans ce qui suit, de citer et de décider tous les cas possibles auxquels ma théorie peut être appliquée, et de faire dans cette direction plutôt trop que trop peu. Déplacée quand il s'agit d'une doctrine déjà admise, cette méthode est nécessaire pour une doctrine qui, comme la présente, cherche à se faire adopter et reconnaître. Une riche casuistique est commandée ici pour un double motif : *d'abord* afin de montrer l'étendue du champ d'application de la théorie et *ensuite* pour soumettre celle-ci à l'épreuve de la pratique. Si elle résiste à cette épreuve dans tous les cas, elle aura établi, au moins de ce côté, sa complète légitimité.

Je grouperai, comme je l'ai déjà dit, les matériaux casuistiques sous trois points de vue :

1) *Incapacité du sujet.*
2) *Incapacité de l'objet.*
3) *Incertitude de la volonté contractuelle.*
   a. Quant à sa déclaration.
   b. Quant à la volonté même.

Section I. — *Incapacité du sujet.*

23. On a jugé nécessaire de protéger certaines personnes contre elles-mêmes et contre les autres, en leur enlevant le pouvoir d'aliéner et de s'obliger, soit d'une manière absolue (personnes sous tutelle)([57]), soit seulement pour certains

([57]) Cela est vrai à mon avis même pour les mineurs.

Digitized by Google

actes (cessions des femmes, emprunts des fils de famille). Néanmoins, pour que la faveur qui leur est accordée ne dégénère point en injustice vis-à-vis de toutes les autres personnes, pour que la sûreté des relations ne soit point mise en péril, on doit veiller à ce que la règle que leurs contrats sont nuls, ne cause point la ruine de tiers complètement innocents; en d'autres termes, on doit protéger les tiers contre les lésions qui auraient leur source dans le privilège dont jouissent ces personnes. En ce qui concerne les femmes et les fils de famille, la loi s'est conformée à cette exigence, en ne permettant d'invoquer le *Sc. Vellejanum* ou *Macedonianum* que lorsque l'adversaire connaissait ou devait connaître la qualité de femme intercédante ou de fils de famille de l'autre partie. En ce qui concerne les autres incapables, la nullité des contrats conclus par eux ne dépend point de cette condition. Le contrat, au contraire, est nul d'une manière absolue, sans distinguer si l'adversaire connaissait ou ne connaissait point leur qualité. De quelle manière, alors, le droit a-t-il paré au danger dont il s'agit? L'*actio de dolo* se présente tout d'abord. Qu'il y ait *dolus* lorsque p. ex. un dissipateur judiciairement déclaré tel, ou un mineur de 25 ans, que d'après sa position ou d'après son extérieur tout le monde pourrait prendre pour un majeur, conclut des contrats loin de son domicile, là où l'on ne connaissait et ne devait pas connaître son incapacité, p. ex. s'il fait une commande de vins, cela n'est pas douteux, pour moi du moins, et je n'exigerais point dans ce but qu'il y ait eu positivement simulation de capacité, pas plus que ne le fait le droit prussien (p. 42); le *dolus* gît ici dans le seul silence.

D'autre part, il est vrai, les circonstances peuvent être de telle nature qu'elles n'autorisent point à admettre le *dolus*. Que l'on suppose p. ex. le cas où le tuteur d'un mineur a antérieurement eu l'habitude de ratifier certains contrats (p. ex. des achats à des ventes de livres) de sorte que le

Digitized by Google

mineur a cru pouvoir être sûr de cette ratification dans un cas où, contre son attente, elle lui a été refusée (v. aussi note 44). Ici l'*act. doli* ne conduit pas au but et l'on ne peut donc y parvenir qu'au moyen de notre action en dommages-intérêts. Mais faut-il l'accorder ? A ce sujet, j'en conviens volontiers, je n'ai point d'idée arrêtée.

Pour la négative, on peut invoquer les arguments suivants :

D'ABORD, la L. 19 pr. de R. J. (50-17) :

Qui cum alio contrahit, vel est vel debet esse non ignarus conditionis ejus : heredi autem hoc imputari non potest, cum non sponte cum legatariis contrahit.

C'est affaire à l'autre partie de s'informer de la situation de son co-contractant.

ENSUITE, si l'action du contrat n'est pas donnée ici en général, comment pourrait-elle exister dans cette direction particulière ?

ENFIN, s'il en était autrement, la protection des personnes sous tutelle contre les contrats faits à la légère serait rendue illusoire.

Je n'ai pu attacher un grand poids à la première objection quelque spécieuse qu'elle soit au premier abord. D'abord, il a déjà été remarqué par d'autres, ([55]) que si tant est que l'on puisse tirer argument de l'exemple de l'héritier, le texte semble avoir en vue le débiteur et non le créancier. Mais si à cause de sa rédaction générale, on croyait devoir le rapporter également au créancier, la L. 3 pr. ad Sc. Mac. (14-6) montre que la proposition qu'il établit ne serait pas vraie dans cette généralité. Du reste où mènerait-elle ? Un mineur de 24 ans se trouve passagèrement dans un pays où la majorité s'accomplit plus tôt et où chacun pouvait le tenir pour majeur. Il loue p. ex. pour quelques semaines, une habitation dans une ville de bains, prend son dîner à crédit etc.,

([55]) CUJAS, Obs. VII, 36, qui cite également des exemples ; et SCHULTING, *Notae ad Dig. ad h. l.*

Digitized by Google

il dissipe son argent au jeu et son tuteur se refuse ensuite à payer les dettes. On ne peut admettre un *dolus* de sa part, car il avait originairement l'intention de remplir ses obligations; quant aux personnes qui ont contracté avec lui, on ne peut cependant pas également leur reprocher qu'elles auraient dû être *non ignari ejus conditionis*, car elles pourraient répondre par les termes de la L. 3 cit. : *publice paterfamilias* (*major*) *plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat.* Si donc on leur refuse l'action du contrat du chef de *culpa in contrahendo*, il faut que ce soit pour tout autre motif; ce ne peut être pour celui-ci.

La seconde objection contient une pétition de principes, car il s'agit précisément de savoir si par cela seul que l'action du contrat ne peut tendre à *l'exécution*, elle ne peut pas d'avantage tendre à des dommages-intérêts. Le refus de l'action du contrat contre ces personnes se rapporte exclusivement à *l'exécution* du contrat, mais elle laisse ouverte la question de la possibilité d'une obligation du chef de *culpa in contrahendo.* Or si l'on réfléchit que ces personnes doivent prester la *culpa* conformément aux principes généraux, dans les rapports contractuels *existants*, il devient difficile de ne pas admettre la même chose pour les rapports *en voie de formation.*

La troisième objection est la plus importante. Il ne manque cependant pas de considérations qui diminuent considérablement son poids. Le danger, en réalité, n'est pas aussi grand qu'il le paraît. En effet, d'abord, il disparaît lorsque l'adversaire connaissait ou devait [59] connaître l'incapacité, notamment donc, dans les contrats entre présents, lorsque l'extérieur juvénile du contractant trahissait sa minorité. Ensuite, lorsque l'on ne pouvait imputer à ce dernier cette espèce déterminée de *culpa*, et c'est pourquoi j'exclurais

[59] A cause de la publicité, lorsqu'il s'agit de tutelle de fous ou de dissipateurs judiciairement déclarés tels.

Digitized by Google

l'action d'une manière absolue pour les impubères. En effet bien que ceux-ci soient désignés dans nos sources comme *injuriae capaces*, il est à peine besoin de faire remarquer que cette *capacitas* n'est pas la même pour toutes les espèces d'injustices, qu'elle diffère selon la diversité de celles-ci et que, pour la déterminer, il faut examiner si le discernement du caractère de l'injustice dont s'agit peut être exigé de cet âge. Cette imputabilité, p. ex., doit être admise plus tôt en ce qui concerne le vol que pour le faux, et plus tôt pour la détérioration des choses d'autrui que pour notre *culpa in contrahendo*.

La recevabilité de celle-ci dépend donc des circonstances individuelles. Ainsi p. ex. je déclarerais responsable le jeune homme qui sait déjà par expérience que ses contrats sont non obligatoires et auquel son tuteur a interdit tout contrat ultérieur, lorsque pour la seconde fois il a entraîné à contracter avec lui un étranger, qui se trouve dans une ignorance excusable de son incapacité, p. ex. si par écrit il offre des livres en vente à un bouquiniste étranger. Si l'on ne veut pas trouver là un *dolus*, on ne pourrait au moins échapper à une responsabilité du chef de *culpa in contrahendo*.

Remarquons enfin, en réponse à l'objection indiquée ci-dessus, que le montant de la responsabilité du chef de *culpa in contrahendo* reste en règle générale en dessous de celle résultant du contrat même. Si un mineur qui s'est commandé du vin, doit rembourser les frais de transport et de retour occasionnés au vendeur, sa position est en tout cas encore incomparablement meilleure que s'il devait garder le vin.

Il me paraît d'après ce qui précède que les motifs d'accorder notre action, même contre les personnes sous tutelle, sont prépondérants. Néanmoins, ainsi que je l'ai déjà dit, je concède volontiers que la solution n'est pas absolument sûre et je ne crois pas, au surplus, qu'elle présente un grand

Digitized by Google

intérêt, car dans la plupart des cas l'*act. doli* suffira [60].

La même question peut être soulevée pour les contrats conclus par un homme ivre. A la vérité, lorsqu'il les a conclus en personne et que son ébriété allait jusqu'à lui enlever la volonté, son adversaire devra l'avoir remarqué. Il n'en est plus de même lorsqu'il envoie un messager, p. ex. lorsqu'il fait commander pour le lendemain, par un garçon d'hôtel, une voiture qu'ensuite il ne veut pas prendre. Dans ce cas, il n'y a point de contrat conclu, et il n'y a pas davantage *dolus*, mais, de même qu'il répond du délit commis dans cet état d'inconscience, par le motif qu'il s'y est mis par sa faute, de même il est responsable au point de vue de la *culpa in contrahendo*. On ne peut *point* contracter dans un pareil état.

A cette incapacité personnelle d'agir, peut équivaloir le défaut de droit de disposer, notamment à raison d'une prohibition d'aliéner [61]. Pour donner lieu à l'application de notre action, il faut que la prohibition d'aliéner se rapporte à la *conclusion* du contrat; il faut, en d'autres termes, qu'il y ait nullité non seulement du transfert de propriété, mais encore de l'obligation de faire ce transfert comme p. ex. dans la vente de choses litigieuses [62].

D'après une disposition de Justinien [63] le vendeur doit ici payer à l'acheteur une peine du tiers du prix de vente. Si l'on considère, avec moi, cette disposition comme ayant perdu aujourd'hui toute valeur pratique, on devra renvoyer l'ache-

(60) On ne peut négliger d'attirer l'attention sur cette dernière dans la doctrine sur l'incapacité de disposer des personnes sous tutelle.

(61) Autres exemples : Ignorance d'une prohibition d'exportation de la part du vendeur; création d'une lettre de change par une personne incapable de s'obliger de la sorte, et dont l'adversaire ne connaissait pas l'incapacité; en droit romain, incapacité de certaines personnes de contracter certaines locations (PUCHTA, *Pandekten* § 365, note *h*).

(62) L. 27 § 1 ad Sc. Vellej *si litigiosum praedium* EMERIT.

(63) Dans la L. 4 § 1 Cod. de litig. (8-37).

Digitized by Google

teur à l'*act. doli* si le vendeur était *in dolo*, et à notre action s'il était *in bona fide*, comme p. ex. lorsque la vente a été faite par des héritiers qui ignoraient le caractère litigieux de la chose.

SECTION II. — *Incapacité de l'objet.*

24. Outre les deux cas suffisamment examinés dans le chapitre premier, nos sources en connaissent encore quelques autres. C'est ainsi, particulièrement, que l'on mentionne souvent un cas qui, bien qu'il n'ait plus pour nous d'importance pratique, ne peut cependant être passé sous silence, et que je n'ai omis dans le chapitre I que pour ne pas troubler par l'introduction d'un cas douteux, une recherche basée sur des textes incontestables. Partant de la base maintenant acquise, l'intelligence exacte de ce cas ne présentera plus de difficulté.

Il s'agit de la vente d'un homme libre, faussement pris pour un esclave. D'après les principes généraux, cette vente devrait être entièrement assimilée à celle d'une *res extra commercium*, car elle a pour but, comme cette dernière, une prestation absolument impossible. Aussi quelques textes reconnaissent-ils expressément cette similitude(64), mais d'autres semblent dire le contraire, en ce que dans le cas d'ignorance du vendeur ils parlent d'une *emtio* (65) et déclarent valable la stipulation de garantie de l'éviction (66), et il n'a pas manqué d'auteurs qui se sont laissés tromper par cette apparence (67).

(64) L. 4 de cont. emt. (18-1) § 5, J. de emt. (3-23), par rapport à la stipulation : L. 1 § 9 de O. et A. (44-7).

(65) *Emtionem contrahi posse* : L. 70 de contr. emt. (18-1) L. 4 quib. ad lib. (40-13); *emtio intelligitur* : L. 4 de cont. emt. *scientem emere non posse* : L. 6 pr., L. 34 § 2 ibid.

(66) L. 4 quib. ad lib. (40-13), *stipulatio de evictione contrahitur*, L. 25 Cod. de evict. (8-45). L. 2 Cod. de ads. toll. (7-17).

(67) P. ex. : F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht* I, p. 125 s., SAVIGNY, *Obligations* II, p. 290.

Digitized by Google

Si la vente d'un homme libre était réellement valable, on devrait pouvoir s'en prévaloir pour agir en exécution, ou ce qui revient au même, pour réclamer l'*interesse* de l'exécution. En est-il ainsi? Aucun texte ne le dit et la nature des choses s'y oppose. En effet, comment estimerait-on la valeur de l'homme libre? Le taxera-t-on comme s'il était esclave? Mais alors on aurait avec le même droit pu estimer pareillement la *res extra commercium* comme si elle avait été une *res in commercio;* or il ne peut être question ici ni d'estimation ni d'intérêt de l'exécution; à cet égard il n'y a aucun doute ([68]).

Si la vente d'un homme libre engendre une action pour réclamer l'*interesse* de l'exécution, il doit en être de même de la *stipulation*. Or la L. 1 § 9 de O. et A. (**44-7**) déclare expressément cette dernière *inutilis*, parce que l'objet *tale sit, ut dari non possit* — motif qui ne peut avoir moins de valeur pour la vente que pour la stipulation — et à l'*homo liber* on assimile entièrement, ici également, le *locus sacer vel religiosus*.

Si l'*interesse* de l'exécution pouvait être réclamé, le contrat de vente, d'après nos explications précédentes ne serait pas nul, mais valable, alors cependant que Papinien le déclare expressément sans effet ([69]).

Nous nous heurtons ainsi de tous côtés à des difficultés,

([68]) J'ai rencontré dans ma pratique consultative de l'Université un cas où une partie d'une place publique avait été utilisée depuis des années par un négociant en bois pour y déposer ses marchandises et avait été vendue par ses héritiers dans l'ignorance de cette circonstance. Pourquoi n'aurait-on pu, dans ce cas, estimer la valeur de cette place?

([69]) L. 27 § 1, ad. sc. Vell. (**16-1**).. *Nihil esse quaesitum non magis quam si litigiosum praedium servus aut* LIBERUM HOMINEM EMERIT. Que le mot *emerit* se rapporte ici, non à la tradition, mais au contrat, c'est ce qui résulte de la comparaison avec le cas de vente du *praedium litigiosum*, dans lequel, d'après la doctrine de VANGEROW, *Lehrbuch* I § 160 note. Édit. 6, p. 288 qui est exacte, c'était seulement la *vente* et non le transfert de la propriété qui était sans effet.

Digitized by Google

avec l'idée que l'*act. emti* peut être dirigée vers l'*interesse* de l'exécution. Qu'est-ce qui nous empêche de substituer à celui-ci l'*interesse* négatif du contrat (p. 16)? Le seul motif qui pourrait nous en empêcher, c'est que les textes de la note 65 parlent d'une *emtio*. Mais le sens dans lequel le mot *emtio* est ici employé est indiqué par l'une de ces lois, la L. 4 de cont. emt. (**18**-1) dans laquelle Pomponius attache cette expression aussi bien à la vente d'un *locus sacer vel religiosus* qu'à celle de l'*homo liber*. En ce qui concerne le premier cas, il est acquis d'après nos recherches antérieures, que l'*act. emti* n'avait pour objet que l'*interesse* négatif du contrat, que partant le juriste ne pouvait avoir en vue que cet effet-là seulement, lorsqu'il a parlé d'une *emtio*. Or comme il assimile à ce cas celui de la vente de l'*homo liber*, le mot *emtio* ne peut, pour ce cas également, avoir une autre signification. De cette manière disparaît toute contradiction entre ces textes([70]), et le § 5 J. cité (p. 10) qui, dans les deux cas, ne donne expressément l'*actio emti* que pour l'*interesse* négatif du contrat : *quod sua interest deceptum non esse*.

Ainsi vient en même temps à disparaître la difficulté apparente qu'offre la concession d'une action en garantie du chef d'éviction. Cette action peut tendre à l'intérêt contractuel positif (p. ex. lorsque la chose vaut plus à ce moment qu'à l'époque de la vente), mais *elle ne le doit pas*; l'acheteur peut, au contraire, faire valoir aussi l'intérêt négatif, se resteindre à la restitution des impenses qu'il a faites sur la chose([71]). Si maintenant quelques textes accordent dans notre cas, à

([70]) Deux de ces textes seraient en outre en contradiction entre eux. En effet, le même Licinius Rufinus qui, dans la L. 70 de cont. emt. parle d'une *emtio*, dit, dans la L. 4 quib. ad lib. (**40**-13) : *in libero homine neque venditio consisti et nihil est, quoniam (quod jam?) veneat.*

([71]) Ainsi p. ex. les frais d'éducation de l'esclave acheté L. 27 § 5, L. 28-31 de R. V. (**6**-1).

Digitized by Google

l'acheteur, *l'interesse*, d'une manière générale([72]), nous savons par ce qui précède ce qu'il faut entendre par là([73]). Que le prétendu esclave eût été revendiqué *in libertatem* avant qu'il fût livré à l'acheteur ou seulement après, dans les deux cas, l'acheteur réclamait *quod ejus interfuit, non deceptum esse*, et si cette réclamation ne présupposait pas dans le premier cas, la validité de la vente, elle ne la présupposait pas non plus dans le second. Ici comme partout il pouvait d'avance fixer la somme de son *interesse*; cela va de soi, et dès lors la *stipulatio de evictione*, dans les textes de la note 66, ne fait aucune difficulté.

25. Parmi les motifs d'impossibilité objective, à côté du motif *juridique* de l'incapacité de l'objet, se range le motif *naturel* de la *non-existence de la chose*. Outre le cas examiné plus haut (p. 11) de la non-existence de la *succession* vendue, les textes en mentionnent encore quelques autres, mais sans répondre d'une manière aussi précise que dans ce cas à la question de savoir si la vente a un caractère obligatoire. Cela m'a déterminé à reculer jusqu'ici l'explication de ces textes.

L'existence de la chose peut être supposée actuelle ou future. Dans le second cas, les conditions de notre action ne se présentent que lorsque l'impossibilité de la naissance de la chose devait être connue d'avance du vendeur, tandis que l'acheteur était à cet égard dans une ignorance excusable, et c'est d'un cas pareil que s'occupe la L. 21 pr. de act. emti (**19**-1).

Si sterilis ancilla sit cujus partus venit, vel major annis quinquaginta, cum id emtor ignoraverit, ex emto tenetur venditor.

([72]) L. 18-25 Cod. de evict. (**8**-45), L. 8 Cod. de sent. (**7**-45), L. 2 Cod. de ads. toll. (**7**-17).

([73]) La L. 9 de her. vend. (**18**-4) déjà invoquée plus haut (p. 10) s'exprime avec la même généralité, bien qu'elle aussi n'ait en vue que l'intérêt négatif.

Digitized by Google

Il est évident que le contrat est nul comme tel, et que l'on ne peut, dès lors, réclamer l'*interesse* d'exécution, d'où suit qu'il ne peut être question que de l'intérêt contractuel négatif, c.-à-d de l'*act. emti* du chef de *culpa in contrahendo* (74). Je n'examinerai pas si les conditions de celle-ci ne peuvent pas exister également dans l'achat d'une espérance (*emtio spei*) (75). D'autre part, il ne sera pas même besoin de dire que la non-prestation de choses futures amenée par impossibilité *subjective* ne tombe jamais sous notre principe; le contrat est ici valable et partant l'action tend à l'*interesse* d'exécution.

La non-existence de choses qui ont été supposées existantes par les deux parties, peut avoir sa raison en ce que ces choses n'ont jamais existé ou en ce qu'elles ont déjà péri. Dans ce dernier cas le promettant a connu ou ignoré cette circonstance. S'il l'a connue, il était *in dolo* et est responsable d'après les principes connus. S'il l'a ignorée, toute responsabilité semble exclue d'après les sources (76), car elles se bornent à remarquer que le contrat est nul, sans faire mention d'une *culpa in contrahendo* quelconque. Mais lorsque pareille *culpa* existe, le silence des textes ne saurait être un obstacle à l'application de notre théorie, pas plus ici que dans le cas de l'erreur essentielle (v. plus loin). En règle générale, il est vrai, l'ignorance du promettant sera excusable, et c'est ce cas que les sources ont en vue, mais les circonstances peuvent aussi être tout autres. Je suppose p. ex. que quelqu'un donne en location un navire dont on attend la rentrée au port, à un moment où sa perte était déjà signalée. Ici le promettant *devait* connaître cette circonstance, et si l'autre partie a éprouvé un dommage par l'effet de la conclusion du contrat, si p. ex. le fret a subi

(74) C'est ce qu'admet aussi MOMMSEN l. c. p. 133.

(75) Le cas du *dolus* dans la vente d'une espérance se trouve expressément mentionné dans la L. 12 de her. vend. (18-4).

(76) L. 15 pr., L. 57 de contr. emt. (18-1).

Digitized by Google

une augmentation dans l'intervalle, par suite de circonstances politiques, les conditions de notre action existent *de part et d'autre*.

26. Au cas de perte de la chose, il faut assimiler celui où, déjà au moment du contrat, elle était sortie du patrimoine du vendeur ; on suppose, bien entendu, que les deux parties soient parties de l'hypothèse contraire. Dans une vente publique, quelqu'un enchérit sur un ouvrage rare, et un bouquiniste présent l'engage à cesser d'enchérir, en lui offrant pour le prix atteint à ce moment *son propre exemplaire*, mais celui-ci a déjà été à son insu vendu par ses commis. On ne peut agir ici, à mon avis, en *exécution* du contrat, car les deux parties ont eu en vue non un exemplaire quelconque de l'ouvrage, mais un exemplaire spécialement déterminé, *son propre exemplaire*. Or celui-ci n'existe pas. Le vendeur aurait dû le savoir, et dès lors, si l'acheteur a subi un dommage (p. ex. s'il s'est procuré l'ouvrage ailleurs, mais pour un prix notablement supérieur à celui auquel il a été adjugé en vente publique), il a l'*actio emti* du chef de *culpa in contrahendo*.

Dans ce cas, on a vendu en réalité une chose non-existante, et cette circonstance sera encore plus apparente si l'on suppose que le vendeur n'ait jamais eu l'objet en sa possession. L'intention commune n'était pas ici dirigée d'une manière absolue vers la livraison d'un exemplaire, mais était subordonnée à la condition tacite que le vendeur en possédât un. De même que le legs d'un rouleau d'argent déterminé est nul faute d'objet, lorsque le testateur n'a jamais formé ce rouleau, ou l'a brisé et dépensé ensuite, sans que le legs puisse être converti en legs d'une somme d'argent équivalente, de même est nulle la vente d'un objet *individuellement* déterminé, subordonnée à la condition de l'existence des circonstances qui le déterminent. *Mon exemplaire* équivaut à . *si j'*en possède un.

27. L'objet de la vente peut être non-seulement une chose,

Digitized by Google

mais aussi un droit. Les mêmes principes sont-ils applicables ici? S'il en était ainsi, toute personne qui ne possède point en réalité le droit dont elle a promis la cession, p. ex. une superficie, une emphytéose, une succession, une créance, pourrait se retrancher derrière l'impossibilité de la prestation, à cause de la non-existence de l'objet.

Dès lors le vendeur d'une chose qui lui appartient prétendûment pourrait, avec tout autant de raison, faire de même, car sa prétendue *propriété* n'existe pas non plus. La distinction de l'impossibilité subjective et de l'impossibilité objective prend ici une forme quelque peu différente. Il y a impossibilité objective lorsqu'un droit étant posé comme existant, son existence ou le cas échéant son transport est impossible *in thesi,* c.-à-d. non seulement quant à tel vendeur, mais pour *tous*. Dans ce cas, le contrat est nul, et partant il y a place pour notre action. Tels sont, du chef de l'impossibilité d'existence du droit: la vente de la succession d'un vivant, ou (d'après le droit romain primitif) d'un fils de famille, la vente de lots de loterie après le tirage, de droits banaux, de privilèges etc. dans un pays où ces derniers sont abolis. Tels sont aussi, du chef de l'impossibilité du *transport:* la vente d'une servitude prédiale existante ou de l'*usus;* seulement, dans les deux derniers cas, et dans le cas précédent, si l'acheteur était un régnicole et devait par conséquent connaître la loi, notre action serait exclue du chef d'erreur de droit de la part de l'acheteur.

Par contre, il en est autrement lorsque le droit que le vendeur s'attribue *pouvait* exister en soi, mais n'existait pas ou du moins n'existait pas *dans son chef*. Celui qui croit faussement avoir sur le sol d'autrui une *superficies* et qui la vend, doit prester l'*interesse d'exécution*, et il est dès lors indifférent que la *superficies* existe ou non dans le chef d'un autre; la prestation en est, en soi, possible. Il est donc parfaitement logique aussi que le droit romain rende le vendeur responsable dans la vente d'une créance non-exis-

Digitized by Google

tante([77]). Que la créance supposée existe en réalité dans la personne d'un autre — p. ex. le legs est fait à X, mais il y a deux personnes de ce nom qui le réclament toutes deux et dont l'une cède son droit alors que l'autre était le vrai légataire — ou que tel ne soit point le cas, cela ne peut faire ici aucune différence, du moment que l'on suppose qu'il ne *pouvait* réellement exister qu'une seule créance pareille. Aussi ne résulterait-il aucune obligation, p. ex. de la vente d'une créance provenant de jeux prohibés ou, dans les pays de droit français, de la vente de l'action alimentaire contre le père naturel. Au point de vue juridique, il est aussi impossible de concevoir ces créances que de concevoir la succession d'un vivant. Mais la circonstance que quelqu'un n'a point contre X une créance du chef de prêt, ne constitue pas plus une impossibilité dans sa personne que la circonstance qu'il n'a point de droits successifs sur la succession de X. Il pourrait les avoir et puisqu'il a assuré qu'il les avait, il doit en répondre. Au contraire, *nul ne peut* avoir la propriété d'une *chose* qui n'existe point.

Section III. — *Incertitude de la volonté de contracter.*

28. La volonté se manifeste au monde extérieur par une déclaration au moyen de paroles et d'actes. Mais l'expression de la volonté et la volonté même peuvent être divergentes, soit que la volonté ne soit pas sérieuse et qu'ainsi d'après l'intention de celui qui parle ou agit, l'expression ne *doive* point avoir une signification réelle, soit que la volonté existant, l'expression ne la couvre point.

Au regard de cette possibilité, le droit peut avoir deux attitudes différentes. Il peut, en effet, lui refuser toute

([77]) L. 5 de her. vend. (18-4). C'est à tort que Mommsen l. c. p. 135, perdant de vue la distinction établie ci-dessus, voit là une dérogation à ce que les L. 7 et 8 ibid. décident pour la vente de succession.

Digitized by Google

influence juridique et, pour déterminer si on a voulu, et ce qu'on a voulu, s'en tenir exclusivement aux moyens d'expression choisis par l'auteur même de la volonté, moyennant quoi disparaît tout argument tiré d'une volonté différente; donc, non seulement l'examen des exceptions de simulation, de plaisanterie et d'erreur, mais aussi la recherche par voie d'interprétation logique de la teneur véritable de la volonté. Tel est, dans son essence, le système de l'ancien droit romain. Il a *pour lui* l'avantage de la sûreté absolue, *contre* lui le désavantage d'un extrême danger. Le droit romain nouveau, considérant que le danger l'emportait, s'est décidé pour la méthode inverse, a reconnu en principe la possibilité d'erreurs dans l'expression de la volonté, et admis la rectification ou même, le cas échéant, l'infirmation complète de la manifestation extérieure de la volonté. Il arrive à ce résultat, d'un côté, au moyen de l'interprétation logique, d'un autre côté, en admettant qu'il y a plaisanterie, erreur, etc. Mais s'il a tari ainsi une source de dangers, il semble en avoir fait jaillir une autre, à savoir l'incertitude de la position de la partie adverse. Cette observation ne s'applique point à l'interprétation logique, car elle suppose que la volonté véritable puisse être reconnue et ait dû l'être par la partie adverse, comme elle devra l'être par le juge ([78]). L'observation s'applique aux exceptions basées sur le manque complet de volonté. Si les circonstances ne sont point de telle nature qu'elles doivent enlever à l'adversaire la foi en la certitude de la déclaration, il est complètement dans son droit quand il a foi en elle, et l'on ne peut exiger que par des questions

([78]) On doit maintenir strictement ce point de vue dans l'interprétation des contrats; le juge ne doit donc pas avoir égard aux faits et circonstances qui mettent, il est vrai, hors de doute, la volonté réelle de celui qui parle, mais qui n'étaient pas ou ne devaient pas être connus de la partie adverse. En d'autres termes, il ne doit pas décider quel était le véritable sens de la déclaration de celui qui a parlé, mais comment son adversaire, dans les circonstances qui l'entouraient lui-même, a *dû* la comprendre.

Digitized by Google

réitérées, il se procure la conviction assurée de leur certitude. Si dans cette confiance, il a admis le contrat comme conclu et pris ses mesures en conséquence, s'il l'a exécuté et laissé passer une autre occasion de le conclure favorablement, son adversaire pourra-t-il, plus tard, soutenir que le tout n'a été qu'une plaisanterie ou qu'il s'est trompé en écrivant, qu'il a erré sur la personne ou sur la chose etc. ? Le contrat sera-t-il déclaré nul, et la partie innocente supportera-t-elle les frais de l'imprudence, de l'inattention, de la négligence de l'adversaire ?

Ce danger et ce défaut d'équité qui sont si évidents, ne sont point pris en considération dans nos sources, toutes les fois qu'elles touchent à des cas de cette espèce. Les Romains ne les ont-ils point sentis ? Peu importe, il suffit que ce danger existe et il faut une protection contre lui. Or, le droit romain lui-même nous donne, dans le principe de la *diligentia in contrahendo* le moyen de fournir cette protection. Tout contractant doit répondre de la certitude de sa déclaration de volonté. Si cette déclaration est entachée d'un vice qui a réellement exclu la perfection du contrat à laquelle la partie adverse croyait, il est dû des dommages-intérêts (p. 39 s.).

Au cas d'incertitude de la *déclaration* de volonté (différence entre la teneur et la forme de la volonté) s'ajoute un second cas : l'incertitude de la volonté même (différence entre la *volonté antérieure* et la *non-volonté* actuelle). L'antithèse de ces deux cas ressortira plus clairement de l'exposé suivant, auquel elle sert de base.

§ 1. — *Incertitude de la déclaration de volonté.*

29. Elle peut reposer d'abord sur ce que la déclaration n'a pas été envisagée comme sérieuse, c.-à-d. comme engendrant une obligation. Il ne faut point confondre avec cette hypothèse le cas de simulation, car comme celle-ci suppose une entente, un tiers peut bien être induit à croire faussement à

Digitized by Google

la formation d'un contrat, mais non un des contractants mêmes, et partant, il peut bien y avoir lieu à l'*actio doli*, mais non à notre action. On peut en dire autant du cas de la plaisanterie. Si p. ex. les circonstances sont de telle nature que l'adversaire devait reconnaître l'absence de volonté sérieuse(79), il est lui-même *in culpa* de s'y être trompé, et par ce motif n'a aucun droit à notre action. Mais si les circonstances ne sont point de cette nature, l'exception de plaisanterie ne peut être admise, à mon avis, quand même il serait prouvé — sans que l'autre partie l'ait su lors de la conclusion du contrat — que la volonté n'était point sérieuse(80). Il me paraît qu'il y a lieu de se placer ici exactement au même point de vue que celui où je me suis placé ci-devant (note 78) pour l'interprétation de la volonté. L'hypothèse du défaut *intentionnel* de concordance entre la volonté et la déclaration de volonté ne semble donc point nous offrir un cas d'application de notre action. Examinons cependant.

Pour expliquer à quelqu'un la forme de la lettre de change, on trace une lettre de change dans laquelle on figure soi-même comme tireur, l'autre comme preneur et un tiers comme tiré. Le preneur garde la formule et endosse la lettre de change. L'endossé peut-il exercer un recours contre le tireur? Dans le cas où cela ne serait pas possible d'après la forme de la procédure sur la lettre de change, et dans

(79) P. ex. quelqu'un promet au garçon d'hôtel cent louis d'or s'il lui apporte une bouteille de vin vraiment bonne.

(80) Un jour, un pochard en gaîté, passant par un marché, fit la plaisanterie d'acheter toutes les charretées de foin qui s'y trouvaient et de les faire conduire devant la maison où il avait été reçu. Les vendeurs n'avaient pas la moindre raison de croire à une plaisanterie de sa part, bien que le juge ne pût concevoir aucun doute à cet égard. Il en est autrement dans un cas venu à ma connaissance, où un étudiant fit la plus forte enchère dans la vente publique d'une vache et où son intention de plaisanter devait être claire pour toutes les personnes présentes.

Digitized by Google

l'hypothèse où le recours contre l'endosseur resterait sans résultat, je lui donnerais notre action, car c'était une *culpa* de la part du tireur de laisser sortir la formule de ses mains. Puisque dans une véritable lettre de change, l'endossement place le créateur de l'effet, vis-à-vis de l'endossé, dans un lien d'obligation, et que, partant, le premier, en traçant l'ordre, contracte en quelque sorte *in personam incertam*, on ne peut objecter que la *culpa* était ici extra-contractuelle.

30. Le cas de la non-concordance *non-intentionnelle* entre la volonté et la déclaration est infiniment plus important que le cas de la non-concordance intentionnelle. Celui qui a parlé a, il est vrai, réellement *voulu*, mais il n'a pas voulu ce que l'autre partie a trouvé et a dû trouver dans ses mots, soit qu'il ait *erré*, c.-à-d. qu'il se soit formé sur un élément essentiel du contrat une idée qui ne répondait pas à la vérité, soit qu'il ait commis une *méprise* dans la communication de sa volonté. Le directeur de théâtre qui veut engager une chanteuse, mais qui la confond avec une autre du même nom, p. ex. sa sœur, et engage cette dernière, se fait une fausse idée de la personne avec laquelle il contracte, il est *dans l'erreur*. Mais si sachant que toutes deux existent et connaissant leurs prénoms, il se trompe en écrivant l'adresse; il n'est pas *dans l'erreur*, mais il s'est *mépris* dans la *communication* de sa volonté et devient ainsi l'auteur d'une *erreur d'autrui*. Examinons d'abord le cas de *l'erreur*.

Autant il est juste que l'on reconnaisse l'erreur essentielle comme motif de nullité, autant il est nécessaire que notre action vienne compléter cette décision. Dira-t-on, dans le cas ci-dessus, que la chanteuse, qui a rompu son engagement, pourra être renvoyée dès son arrivée et dès la découverte de la confusion, par cela seul qu'il y a eu erreur essentielle sur la personne, et que le contrat est nul? Chacun concèdera qu'elle a droit non-seulement au remboursement de ses frais de voyage, mais à tous autres dommages-intérêts. Qu'un apothicaire ou un forestier qui, dans la croyance que

Digitized by Google

l'ouvrage traite de racines *officinales*, commande chez un libraire un dictionnaire de racines indo-germaniques ne soit pas lié par son contrat, du chef d'erreur sur les qualités essentielles de l'objet, c'est ce qu'on pourra approuver, mais que le libraire doive supporter le dommage si l'éditeur ne veut pas reprendre le livre, cela blesse tout sentiment du droit.

L'erreur essentielle peut prendre une forme telle que l'on soit tenté d'y appliquer, non les principes sur l'erreur, mais ceux sur l'interprétation des expressions ambiguës. Une source abondante de malentendus réciproques résulte notamment de la diversité des significations de maintes expressions qui concernent les monnaies. Il est à peine une expression qui n'ait telle signification dans un endroit, et telle autre signification dans un autre endroit([84]). On enseigne habituellement que lorsque la contestation porte sur le sens d'une pareille expression, la signification locale décide. Ainsi p. ex. un étranger qui a conclu à Brême un contrat conçu en thalers, doit s'accommoder du thaler or. Mais j'estime que dans ces termes généraux, cela est positivement faux. Cela n'est exact que lorsque celui qui soutient avoir pris l'expression dans un sens autre que le sens local, connaissait ou devait connaître ce dernier; dans ce cas, en négligeant de déterminer l'expression dans *son* sens, il s'est soumis au sens local. Mais il en va tout autrement dans le cas où il ne connaissait nullement ce sens, p. ex. un français, d'après une annonce insérée dans un journal suisse, com-

([84]) P. ex. le *thaler* (prussien, thaler or à Brême, Kronenthaler dans l'Allemagne du Sud); le *florin* (du Sud de l'Allemagne et du Nord); le *gros* (3 kreuzer. silbergros, gute groschen), le *sechser* (6 kreuzer; 6 pfennige); le *schilling* (de Hambourg = 40 pence ou thaler de Prusse; en Mecklembourg = 48, en Danemark = 128); le *franc* (français = 28 kreuzer, suisse = 40 kr.); le *groten* (Brême, Oldenbourg); le *mark* (courant, banque, danois) etc. La même ambiguité se reproduit pour les noms des mesures et des poids : aune, pied, livre, etc.

Digitized by Google

mande un article coté en francs (sans dire que ce sont des francs suisses); un danois qui vient d'arriver à Hambourg, demande ou offre pour une marchandise un certain nombre de *schillings*, ne sachant point que ce mot désigne, en cet endroit, une autre valeur que dans sa patrie. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a point de consentement sur le prix, et ce serait renier tous les principes sur l'erreur essentielle que de vouloir appliquer la signification locale de l'expression employée. Le droit romain déclare expressément le contrat nul lorsqu'il y a divergence entre les parties sur le prix ([82]); il n'attache aucune importance à la cause qui a fait naître le malentendu, et nous ne pouvons que le suivre. L'accord réciproque sur la quantité déterminée de *francs* ou de *schillings* n'est qu'un accord sur le *mot* et non sur le contenu : la *somme d'argent*. En réalité, les parties sont en désaccord sur le prix, là dans la proportion de 7 à 10, ici dans la proportion de 5 à 16.

Si j'admets, dans ces cas, la nullité, je la range en même temps sous notre principe de la *culpa in contrahendo*. Les deux parties n'étaient pas autorisées à croire que les mots *franc* et *schilling* ont la même signification dans le monde entier, elles devaient s'en assurer d'avance; lorsqu'elles ne l'ont pas fait, elles répondent du dommage qui en résulte, donc, selon les circonstances, de l'intégralité du montant attendu par la partie adverse. Un prussien qui, à Brême, a engagé un cocher pour 10 thalers et qui n'apprend qu'après la fin du voyage, qu'on a entendu des thalers or, devra payer ceux-ci, parce que l'intérêt contractuel négatif équivaut ici à l'intérêt positif (p. 21).

Il en va de même des malentendus occasionnés par l'ignorance d'une langue étrangère ou de mots techniques, de mots étrangers etc. Qu'un français qui va en Allemagne ne soit pas complètement maître de la langue allemande, on ne

([82]) L. 52 Locat. (19-2).

Digitized by Google

saurait lui en faire un reproche, mais on peut lui reprocher de contracter en cette langue sans être complètement sûr de son affaire. S'il se sert de sa langue maternelle, la question se retourne; lui, qui s'est exprimé d'une manière parfaitement claire et intelligible, n'est point en faute, mais bien son adversaire, qui s'est avisé de traiter en français sans être en état de le faire; c'était à lui de se prémunir, et de s'assurer de l'intelligence exacte des paroles de son adversaire.

Il faut encore ranger dans la même catégorie le malentendu des signes, abréviations etc. usuels([83]). Le mécanicien qui, en publiant son prix-courant, se sert des signes usuels pour les mètres, pouces, lignes etc., doit s'attendre à ce que toute personne qui lui fait une commande connaisse aussi la signification de ces signes; une confusion de la part de l'acheteur peut donc rendre le contrat nul, mais il est impossible qu'elle le sauve du reproche de *culpa in contrahendo* et des conséquences de cette faute.

Dans tous les cas cités ici, au contraire, on ne devrait avoir aucun égard à la prétendue discordance de volonté du contractant qui prétend avoir pris l'expression ou le signe dans un sens autre que celui usité sur place ou dans le cercle d'affaires où l'on se trouve, lorsqu'il connaissait réellement ce sens. Un marchand danois qui est en relations avec Hambourg connaît la différence de valeur du mark et du schilling en Danemark et à Hambourg, en tout cas il ne devrait pas être écouté s'il soutenait qu'il a entendu dans *son* sens, à lui, le prix établi par le vendeur en schillings.

31. J'aborde maintenant le cas de la *méprise*. Le défendeur a su ce qu'il voulait, il n'a donc pas versé dans l'erreur, mais en communiquant sa volonté il a commis une bévue qui

([83]) Une personne que je connais avait commandé chez un bouquiniste de Hambourg des livres, dans la croyance que les signes des marks employés dans le catalogue signifiaient des silbergros; l'acheteur et le vendeur étaient ici en désaccord pour plus de dix fois le prix.

Digitized by Google

a fait naître, et devait faire naître, dans l'esprit du demandeur, une *erreur* sur la volonté du défendeur.

Quant à la méprise dans l'*expression*, je répète ce que j'ai dit ci-dessus (p. 65) au sujet de la limite qui sépare le domaine de l'interprétation de celui de l'erreur essentielle. De ce que l'une partie devait comprendre l'expression en tel sens, on n'est nullement autorisé à conclure — pas plus ici que dans le cas d'erreur — que l'autre partie est également liée à ce même sens. Il peut résulter des circonstances, de la manière la plus indubitable, que celui qui a parlé ne s'est mépris que par maladresse dans l'emploi de l'expression, mais si l'adversaire, ignorant cette circonstance, devait prendre l'expression dans un sens tout autre, à son point de vue, ce serait faire tort à l'une comme à l'autre que d'imposer ici, par voie d'interprétation, un accord forcé.

Tous deux ont voulu quelque chose de différent et ne sont point *accordés*, parce qu'ils ne se sont point *compris*. Le contrat est donc nul, mais la partie qui, par son manque de clarté, a produit le malentendu, répond de la *culpa in contrahendo*.

32. Cette dernière peut prendre une forme particulière dans la rédaction d'ordres écrits donnés à des tiers. Celui qui donne l'ordre de remettre une certaine somme « au porteur de la présente » doit s'en prendre à sa propre imprévoyance, si à la place du porteur qu'il a eu en vue, un autre qui a soustrait le papier, l'a porté à son adresse et reçu l'argent. Il en est de même s'il a commis une imprudence en désignant la somme, p. ex., s'il l'a simplement exprimée en chiffres, sans la répéter en toutes lettres et s'il laisse à la suite un blanc suffisant pour ajouter d'autres chiffres([84]). Dans l'un comme dans l'autre cas, à la vérité, le mandat n'est pas

([84]) Il s'est présenté entre quelques personnes de ma connaissance un cas frappant, où, il est vrai, la *culpa* de part et d'autre se compensait. L'une de ces personnes A, reçut un jour un domestique qui l'avait servie antérieure-

Digitized by Google

devenu *parfait*, car le mandant n'a pas voulu un mandat avec *ce* contenu, mais son imprévoyance a fait que le mandataire a dû le prendre en ce sens.

33. Ce que nous venons de dire s'applique également au cas où l'on trace un blanc-seing dans un but déterminé (p. ex. pour se porter garant des emprunts de livres faits à une bibliothèque publique, formalité nécessaire en beaucoup de villes) et où le porteur inscrit sur la feuille blanche une obligation, un cautionnement etc. Notre principe permet également de répondre à la question soulevée et résolue affirmativement par quelques auteurs récents([85]), si l'auteur d'un titre d'obligation, d'une lettre de change, d'un titre au porteur, auquel ces papiers ont été enlevés contre sa volonté, doit en répondre vis-à-vis du porteur de bonne foi (cessionnaire, endosseur, porteur). Il le doit certes, mais seulement d'après les principes de la *culpa in contrahendo*, c.-à-d. que le créancier n'a droit qu'à la réparation du *dommage*, donc le prix s'il a acheté le papier, mais *rien* s'il lui a été donné.

34. J'aborde maintenant le cas de méprise dans la *communication* de la volonté, et j'insiste spécialement sur deux cas, celui de la communication faite *par écrit* en personne, et celui de la remise par des intermédiaires.

---

ment et qui lui raconta qu'après avoir été malade pendant quelque temps il comptait retourner dans son pays, mais qu'il lui manquait, pour faire le voyage, deux florins qu'il espérait obtenir de lui et de son ami B. A, n'ayant pas de monnaie, lui remit, sans adresse, un billet ouvert adressé à B et conçu ainsi : « Cher ami! X se prévaut de nos anciennes relations « pour que nous lui avancions ce qui lui manque pour parfaire le prix de « son voyage. Je n'ai pas de monnaie et je vous prie de lui donner le tout; « je vous apporterai demain ma moitié. » X se rendit avec cet écrit d'abord chez B et lui dit avoir besoin de 3 fl. qu'il obtint, sans que B lui retirât le billet. Puis il utilisa encore ce dernier avec le même succès chez les amis communs C et D.

([85]) BÄHR, *Die Anerkennung*, p. 239, n. 3, UNGER, *Die rechtl. Natur der Inhaberpapiere*, p. 125, n. 8.

Digitized by Google

Il n'est pas besoin de dire qu'une faute d'écriture relative à des points essentiels du contrat, p. ex. la somme, l'adresse, entraîne la nullité du contrat et, à titre de *culpa in contrahendo*, une obligation à des dommages-intérêts. Mais il est nécessaire de rappeler, ici, en ordre principal, la nécessité de la *bona fides* de l'autre partie. Même dans les cas examinés jusqu'ici, les circonstances pourraient être de telle nature qu'elles devaient imposer au demandeur l'idée d'une méprise de la part de l'autre partie, p. ex. lorsque de l'énormité de la somme offerte il résultait que l'autre partie était dans l'erreur sur la valeur de l'espèce de monnaie. Un marchand qui reçoit d'un client habitué à lui commander 10 à 12 livres d'un article, une lettre par laquelle il lui commande 10 quintaux, devra soupçonner que ce client a, par erreur, mis le signe des quintaux au lieu de celui des livres, et, en honnête homme, il devra d'abord s'informer. Ainsi encore, lorsque pour des articles qui se commandent par mille, p. ex. des cigares, la commande est de 3 *millions*, ou lorsqu'il reçoit une commande dont le contenu doit lui indiquer que le client a voulu s'adresser, non à lui, mais à un concurrent du même nom, dans sa ville, et s'est seulement trompé sur le prénom.

L'incorrection de l'écriture peut aussi tomber sous notre point de vue, p. ex. lorsque quelqu'un écrit 1-2 pièces, mais fait le trait si petit et si indistinct, que toute personne doit prendre le chiffre pour 12, ou s'il se sert de signes individuels d'abréviation, que l'adversaire ne pouvait résoudre autrement qu'il ne l'a fait. Mais ce dernier ne serait pas excusable si, dans le délai déterminé par l'autre pour la livraison, les traits de l'écriture indiquaient *Jan.* = Janvier, alors que les circonstances indiquent *Ju.* = Juin.

35. Tandis que dans une communication écrite faite en personne, on conçoit difficilement un cas où la *culpa* ne saute pas aux yeux, il en est autrement pour la communication par intermédiaires. A la vérité, lorsque du choix du messager, p. ex. d'un enfant, d'une personne distraite ou

Digitized by Google

faible d'esprit, on peut tirer, contre l'expéditeur, le reproche de *culpa in eligendo*, le doute n'est pas possible. Mais cette *culpa* devient très douteuse, s'il s'est servi d'une personne qu'il connaît comme parfaitement digne de confiance ou même d'une institution publique : du télégraphe. Doit-il ici répondre du dommage causé à son adversaire par la fausse transmission de son ordre? Si oui, nous devons en déduire que, dans le *choix* même d'un pareil moyen de communication, il y avait déjà une *culpa*.

Et en réalité je n'hésite point à rendre celui qui se sert d'un pareil moyen de communication responsable d'*une manière absolue* de son exactitude. Ni le messager, ni le télégraphe ne donnent la certitude absolue d'une transmission authentique de la déclaration, car même le messager le plus fidèle peut être distrait une fois ou oublier quelque chose, et la sûreté de la communication télégraphique peut être compromise non seulement par la plus petite méprise d'un employé, mais encore par le mauvais temps, par les accidents de la ligne, etc. Celui qui obtient directement d'un autre une communication, soit orale soit écrite, a la certitude absolue de son authenticité ([86]), et si l'autre a commis une faute, il doit en répondre. La communication indirecte, au contraire, donne ouverture aux fautes de tierces personnes, expose l'autre partie à la négligence, à la distraction de gens qu'elle ne peut prendre à partie de ce chef (p. 48). Il est vrai que le commerce juridique ne saurait se passer de ces formes de communication, mais celui qui s'en sert doit connaître leur caractère trompeur, et s'il veut se risquer quand même, il doit lui-même en supporter les conséquences, et dès lors, s'assurer spécialement de la transmission exacte de son ordre, p. ex. en matière de télégrammes, au moyen d'une

([86]) Celui qui ne sachant écrire, fait écrire sa lettre par un autre, répond naturellement, comme s'il l'avait écrite lui-même, des fautes et des altérations intentionnelles qu'elle contient.

Digitized by Google

contre-dépêche, en matière de messages, par des informations prises d'une autre manière, en cas de communication par correspondant, en se faisant soumettre et en signant la lettre écrite par lui. Quelles que soient, du reste, les mesures de sûreté à prendre, celui qui donne la préférence à un moyen de communication, dont l'expérience de tous les jours montre les dangers, au lieu de recourir au moyen absolument sûr de la déclaration orale ou écrite, en personne, fait ce choix à ses risques et périls ([87]).

Il n'y a pas, en droit romain, de réponse directe à notre question, mais ce droit nous fournit un point de repère. J'espère pouvoir établir, dans un autre travail, le principe que celui qui fait exécuter par un autre, un acte qu'il avait à faire lui-même, répond d'une manière absolue de la *culpa*, mais que celui qui n'avait d'autre obligation que de *chercher* un autre pour exécuter l'acte, ne répond de la *culpa* de ce dernier que lorsque lui-même a commis une *culpa in eligendo* ([88]). Le commodataire qui remet la chose à restituer à un autre est responsable, d'une manière absolue, lorsque ce dernier la laisse tomber, la détourne etc.; au contraire le marchand étranger qui doit, non pas apporter lui-même les marchandises commandées chez lui, mais les *expédier*, c.-à-d. qui doit *chercher* un autre pour faire le transport, n'est responsable de rien lorsqu'on ne peut lui faire aucun reproche

([87]) Dans le cas rapporté à la p. 7, la condamnation de l'expéditeur de la dépêche télégraphique était donc parfaitement justifiée.

([88]) P. ex. L. 8 § 4 Mand. (17-1) *non sunt igitur excusati (tutores), quod contutori mandaverunt*, QUIA (*ipsi*) EMERE DEBUERUNT, L. 25 § 7 Loc. (19, 2).. *si quae ipsius* EORUMQUE, QUORUM OPERA UTERETUR, CULPA *acciderit*. L. 7 pr. Naut. (4-9).. *nec immerito factum eorum praestat, cum ipse eos suo periculo adhibuerit* (Comp. L. 5 § 6 de O. et A. (44-7).. *aliquatenus culpae reus est quod opera malorum hominum uteretur*) L. 23 § 1 pro socio (17-2). D'après ce qui précède, je ne puis me rallier aux conclusions de la dissertation publiée récemment sur cette matière par UBBELOHDE, dans *Archiv. für prakt. Rechtsw.*, T. VII, p. 229 s.

Digitized by Google

quant au choix qu'il a fait de l'expéditeur ou du voiturier. Appliquant cette distinction à notre question, nous pourrons dire : tout contractant doit exprimer *lui-même* sa volonté; celui qui, dans ce but, se sert d'autres personnes, le fait à ses propres risques, ou pour employer les mots d'un texte cité dans la note précédente, *factum eorum praestare debet, cum ipse eos suo periculo adhibuerit.*

Que décider maintenant, si l'acceptant se sert du même messager pour transmettre sa réponse, et si ce dernier commet une *culpa* dans cette transmission? Dans ce cas, la *culpa in contrahendo* semble pencher de son côté, mais en tout cas il y aura lieu à une compensation de la *culpa* réciproque. Ne pourrait-on même dire : celui qui renvoie sa réponse par le messager qui lui a été adressé, ne fait que se servir du moyen de communication voulu par son adversaire et peut dès lors en laisser la responsabilité à ce dernier?

Je dois avouer que, quant à ce point, je n'ai pas une conviction absolue. Néanmoins je me déclarerais en tout cas pour la première opinion dans le cas où, soit la nature compliquée de la réponse, soit la personnalité du messager, p. ex. un enfant, ont dû commander à l'auteur de la réponse une prudence particulière, c.-à-d. une *réponse écrite.*

§ 2. — *Incertitude de la volonté même.*

1) Rétractation de l'offre dans la conclusion de contrats entre absents.

36. La conclusion de contrats entre absents est entourée d'un danger particulier pour celui auquel une offre est faite. Au moment où il l'accepte, peut-être la lettre qui doit lui donner connaissance de la rétractation est-elle en route, mais ne lui arrivera-t-elle qu'après qu'il aura déjà commencé à exécuter le contrat. D'après le *droit romain*, le contrat, dans ce cas, ne s'est pas formé, parce qu'au moment décisif a manqué

Digitized by Google

le consentement *simultané* des deux parties (v. à cet égard la décision analogue de la note 94), et partant le but des mesures prises par celui qui avait reçu l'offre est manqué. Pour le protéger contre ce danger, les deux codes nouveaux nommés ci-dessus (p. 41 s.) ont retiré d'une manière absolue le droit de révocation à celui qui offre, ce qui est peut-être aller trop loin, tandis que le Code de commerce allemand (art. 320) déclare la révocation valable lorsqu'elle arrive *avant* l'offre ou *en même temps*, et au point de vue législatif, je tiens cette disposition pour la plus juste, au moins pour les relations commerciales.

On pourrait croire que l'époque jusqu'à laquelle la révocation peut arriver aurait pu, sans danger pour celui qui a reçu l'offre, être reculée jusqu'au moment de l'acceptation. Mais l'offre peut cependant avoir déjà, avant cela, exercé une certaine influence. Celui qui l'a reçue, p. ex., dès le moment qu'elle lui est arrivée, et en considération de cette offre, en a décliné une autre à laquelle il fallait répondre par retour du courrier. Si, au point de vue du *droit existant*, on peut lui reprocher sa propre imprévoyance (p. 40), au *point de vue législatif*, le système adopté par le Code de commerce mérite positivement la préférence pour les relations commerciales. Dès l'arrivée de l'offre, celui qui la reçoit est complètement couvert, il peut la prendre immédiatement pour base de ses opérations et dispositions, et précisément cette sécurité est pour le commerce d'une valeur inappréciable.

Cette manière de traiter les choses est, comme nous l'avons vu, étrangère au droit romain, lequel, en principe, tolère la versatilité [89]. Mais si la révocation exclut la perfection du

[89] Nous avons déjà fait remarquer (p. 26) que dans les rapports contractuels *existants*, il oblige aux dommages-intérêts, et que l'on ne peut en tirer aucune conclusion pour les rapports contractuels *naissants*. Par rapport à ceux-ci, cependant, il importe d'avoir égard à la décision (relative il est vrai, seulement au rapport institoire) de la Loi 11 § 5 de inst. act. (14-3) : *Sed si alius cum alio contrahi vetuit* CONTINUA VARIATIONE, *danda est omni-*

Digitized by Google

contrat, elle cause un préjudice à celui qui a reçu l'offre, et ce préjudice entraîne comme conséquence naturelle une obligation à des dommages-intérêts(99). Quant à savoir si les conditions de notre action existent réellement ici, cela peut être mis en doute tout au plus quant à la *culpa* de celui qui a fait l'offre; quant au reste elles sont toutes réunies : *bona fides* de celui qui a reçu l'offre, nullité du contrat, absence de formation de celui-ci par une circonstance dépendant de la personne de l'auteur de l'offre. Or peut-on qualifier de *culpa* un acte de ce dernier que la loi lui donne le droit de faire, savoir la révocation de l'offre? Je n'hésite point à répondre affirmativement. Le mandant aussi, le sociétaire ont le droit de se rétracter en tout temps. Mais cela n'exclut nullement une *culpa* dans *l'exercice* de ce droit. Lorsque l'auteur de l'offre la révoque, il doit se dire que celui à qui il l'a faite a peut-être déjà, lorsque la lettre lui parvient, commencé à exécuter le contrat; s'il veut éviter tout reproche il doit s'assurer d'abord que cela n'a pas encore eu lieu ou bien soumettre sa révocation à cette condition ; s'il le néglige, il y a une *culpa* à se résoudre, à l'aveuglette, à une démarche qui selon que la connaissance en parviendra ou non en temps utile à la partie adverse, lui sera indifférente ou lui causera un dommage. Pour se dégager lui-même, l'auteur de l'offre sacrifie au besoin l'adversaire et l'expose à devenir la victime de sa versatilité; *neque vero*, pourrait-on dire en changeant quelque peu les termes du texte cité à la note 98, *variatione voluntatis contrahentes decipi debent.*

Comme dans tous les autres cas d'application, notre

bus adversus eum actio, NEQUE ENIM DECIPI DEBENT CONTRAHENTES; et l'on pourrait en tous cas, renvoyer aussi à l'*exc. rei venditae* qui appartient à celui qui a reçu la chose livrée sur l'ordre du propriétaire, lorsque cet ordre a été révoqué avant la tradition mais après la vente (*si non auctor meus ex voluntate tua vendidit*, L. 14 de Publ. act. 6-2).

(99) V. en ce sens THÖL, *Handelsrecht* I, § 57 (3e édit. p. 242). V. plus haut note 24.

Digitized by Google

action présuppose ici encore la *conclusion apparente du contrat*, donc l'acceptation de la part de celui qui a reçu l'offre; il ne peut réclamer des dommages-intérêts pour les actes qu'il a entrepris auparavant (p. 40). Quant à l'acceptation même, elle ne doit pas toujours se faire par lettre. Lorsqu'il s'agit de commandes, d'ordres, etc. qui d'après l'intention de leur auteur doivent être exécutés sur le champ, sans devoir attendre une réponse, l'acceptation gît déjà dans le commencement de l'exécution([91]). Le commissionnaire auquel arrive un ordre pour une vente publique, le bottier auquel on commande une paire de bottes, ou le marchand auquel on commande une marchandise, n'ont pas besoin de commencer par répondre qu'ils acceptent la commande; ils ne répondent que lorsqu'ils ne le veulent point du tout, ou point de la manière désirée. Dès qu'ils *commencent* à exécuter la commande, ils acceptent. On pourrait même se demander (ce qui il est vrai, ne nous intéresse pas ici) si dans ces cas, où le *silence* lui-même doit valoir comme réponse, on ne peut pas déjà y trouver l'acceptation. Ou bien pourrait-on p. ex. décommander le cocher auquel on a commandé une voiture pour le lendemain, tant qu'il n'a pas envoyé de réponse et commencé à exécuter ? Peu importe au surplus en quoi peut se trouver l'acceptation, dans le silence, dans la réponse ou dans l'exécution, si elle a lieu à un moment où l'auteur de l'offre a déjà expédié la lettre de révocation, le contrat est, il est vrai, resté imparfait à cause du manque de consentement *simultané*, mais l'acceptant était pleinement dans son droit de croire le contraire et d'agir en conséquence. Qu'il se soit par là, laissé déterminer à des actes positifs ou à une omission, cela est, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, complètement indifférent; l'influence dommageable du contrat supposé peut aussi consister en ceci que l'on a négligé d'autres occasions de le conclure, et que le moment opportun pour

([91]) VON SCHEURL, *Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts*, p. 311.

Digitized by Google

revenir sur ce qu'on a négligé s'est, dans l'intervalle, écoulé.

2) Changement de volonté dans la conclusion de contrats par personnes intermédiaires.

37. Dans les limites où la coopération d'une personne intermédiaire, messager, représentant ou remplaçant, peut, en général, d'après le droit romain, engendrer des effets pour le mandant, ce droit exige une concordance complète entre l'ordre et son exécution, et cela non seulement quant au *contenu*, mais aussi quant à *l'existence* de la volonté du mandant au moment de l'exécution. Le mandat a-t-il été *excédé* ou *retiré*, même sans que l'intermédiaire en ait eu connaissance, l'effet qui aurait été produit sans cela, est exclu. Or, lorsque dans ce dernier cas, le tiers ne peut se faire indemniser par le mandataire (p. 48 s.), il se trouve exactement dans la même situation, et il naît pour lui exactement le même besoin de protection que dans l'hypothèse que nous venons d'examiner. Inutile d'établir plus amplement que le remède doit être le même dans les deux cas; la seule différence est qu'ici c'est une *personne* qui remplace la lettre([92]).

3) Décès de l'auteur de l'offre avant l'acceptation, dans les contrats conclus entre absents.

38. Lorsque au moment où la lettre ou l'intermédiaire apporte l'offre au destinataire, l'auteur de cette offre est décédé, la perfection du contrat est exclue d'après le droit romain, qui exige le concours simultané des volontés des deux contractants. On peut discuter l'opportunité législative et la nécessité juridique de cette manière de voir — et moi-même je les conteste l'une et l'autre([93]), mais il est

([92]) Le Code de commerce allemand (art. 46) emploie un remède autre et assurément plus convenable pour les relations commerciales, lorsqu'il ne donne effet au retrait de la procuration qu'en tant que le tiers en ait eu, ou dû avoir connaissance.

([93]) Je considère comme un préjugé romaniste de déclarer cette manière de voir la seule juridiquement justifiable. Pourquoi, au lieu du principe que le consentement des deux parties doit concourir *à un seul et même moment*,

Digitized by Google

incontestable que c'est réellement celle du droit romain (94).

Maintenant, lorsque sans connaître le décès de l'auteur de l'offre, le destinataire accepte celle-ci et exécute le contrat, dans la croyance qu'il est devenu parfait, l'équité exige la réparation du dommage résulté de cette exécution. Mais comment justifier la demande de dommages-intérêts ? Du

ne peut-on poser le principe opposé, que les deux actes de volonté peuvent se placer dans des moments de temps *différents*, de sorte qu'une volonté contraire ultérieure ou une impossibilité subséquente de vouloir (mort de l'auteur de l'offre) ne soient plus pris en considération, soit d'une manière absolue, soit d'une manière relative (lorsque l'adversaire n'en a pas eu connaissance) ? Il faudrait une étude plus approfondie qu'il ne m'est donné de faire ici pour établir ce point. Notre Code de commerce a adopté ce dernier principe dans tous les cas d'application, notamment en ce qui concerne la révocation : 1° de l'offre écrite (art. 320, v. plus haut p. 78), 2° du pouvoir (note 92) ; en ce qui concerne l'absence d'influence du décés : 1° quant à une offre, ordre ou mandat émanés d'un marchand pour son commerce (art. 297), 2° quant au pouvoir ou procuration d'agir (art. 54). Au reste, lorsque l'art. 297 admet la révocation par le décès du marchand lorsque l'intention conforme résulte de sa propre manifestation de volonté ou des circonstances, l'adversaire doit être tenu indemne pour les actes qu'il a faits jusqu'à l'arrivée de la nouvelle du décès, et nous devrions dans ce cas avoir recours à notre action.

(94) Ces deux cas sont en effet mis sur la même ligne dans un rapport qui a la plus grande analogie avec le nôtre (en tant qu'ici aussi les actes de volonté de plusieurs personnes, qui à la rigueur devraient être faits au *même moment*, s'étendent à un *espace de temps*) à savoir l'établissement successif d'une servitude de la part de plusieurs copropriétaires : L 18 Com. praed. (8-4).. *perindeque sit atque si eodem tempore omnes cessissent, et ideo, si is, qui primus cessit, vel* DEFUNCTUS *sit vel.. partem suam alienaverit* (révocation), *post deinde socius cesserit, nihil agetur*. S'il fallait démontrer au moyen des sources. la nécessité du consentement *simultané* dans les contrats entre absents, on ne pourrait trouver un meilleur texte que cette loi. Ce qu'elle dit pour le cas dont elle s'occupe : *tantum tempus eis remissum est, quo dare facere possunt* (*ut*) *vel diversis temporibus possint* et *perinde habetur, atque si cum postremus cedat, omnes cessissent ; igitur.. actus pendebit, donec novus socius cedat* s'applique littéralement à la conclusion de contrats entre absents, moyennant de changer *cedere* en *consentire*.

Digitized by Google

côté du destinataire les conditions de cette action existent toutes, il est vrai, mais comment justifier une *culpa* dans le chef de l'autre partie? Il est impossible d'appeler le décès une *culpa*. Je dois avouer que ma théorie se heurte ici à une pierre d'achoppement que je ne puis lui faire surmonter sans l'effort le plus violent. Quant à refuser dans ce cas l'action en dommages-intérêts, mon sentiment du droit s'y oppose de la manière la plus énergique, et plutôt que d'exclure ici l'action, je veux croire que dans la construction de ma théorie j'ai commis quelque faute dont moi-même je ne me suis pas aperçu. Or, du moment qu'on l'accorde, il ne reste plus qu'à déduire la *culpa* de la manière suivante. Si l'on avait conclu entre présents, la mort n'aurait nullement pu avoir cette influence dommageable. Lors donc qu'un absent veut contracter, il doit, pour garantir l'autre partie contre cette éventualité dommageable, se donner la peine d'aller la trouver en personne; s'il ne le fait point, si au lieu de cela il choisit la voie plus simple de la communication par voie de lettre ou d'intermédiaire, il substitue par cela même, dans l'intérêt de ses aises, une forme qui expose l'adversaire au danger dont il s'agit. La *culpa* consiste donc en ceci qu'au lieu du moyen, seul sûr, de la communication orale en personne, il a eu recours, au péril de l'autre partie, à un moyen incertain.

4) Rétractation d'une promesse publique.

39. Bien que les promesses de récompenses publiques ne fussent pas inconnues dans la vie romaine ([95]), le droit romain ne semble pas les avoir jamais reconnues. Pour les reconnaître, il aurait dû mettre hors d'application pour le droit d'obligation, comme il l'a fait pour la propriété et pour le droit de succession ([96]), le principe de l'ancien droit que

([95]) Apuleius Metam., Lib. 6 (ed. Bipont., p. 123). Petrone Satiricon, c. 97.

([96]) Dans la première au moyen du *jactus missilium* (= *traditio in per-*

Digitized by Google

les actes juridiques ne sont possibles que *in personam certam* (97). Il n'a point manqué d'occasions pour cela, et notamment il y avait un rapport dans lequel l'établissement d'obligations en faveur de personnes dont la détermination individuelle dépendait encore de l'avenir, était invinciblement commandé, savoir l'arrogation d'un impubère. L'arrogeant doit s'obliger à restituer le patrimoine de l'impubère, au cas où celui-ci viendrait à mourir impubère, aux personnes auxquelles ce patrimoine serait allé à défaut d'arrogation. Au moment où celle-ci intervient, on ne saurait déterminer quelles sont ces personnes; ce sont des *personae incertae*, et la stipulation ne peut dès lors être conclue avec elles. Dans cette situation embarrassante, le droit romain a recours à une représentation de ces personnes par une *persona certa*, à savoir le *servus publicus*; la caution est fournie à ce dernier (98), et l'action est plus tard cédée par lui à l'ayant droit.

L'emploi de ce moyen détourné, qui aurait également pu servir à donner efficacité à la promesse publique (99), montre que le droit romain n'avait encore su s'affranchir, dans l'établissement des obligations, de la nécessité d'une *persona certa*. La forme des relations civiles de notre temps nous a violemment dégagés de cette entrave. La conclusion d'obligations *in personam incertam* est un fait de la vie actuelle en présence duquel le maintien du système romain n'est plus

sonam incertam), dans le second au moyen de l'admission des dispositions de dernière volonté à des *personae incertae*.

(97) Au point de vue du droit romain pur, c'est donc très logiquement que SAVIGNY Obligations II, p. 90 *s.*, restreint l'efficacité de la promesse publique à l'*act. doli*.

(98) L. 18 de Stat. hom. (1-7).

(99) Comme cela se fait aujourd'hui également par le dépôt dans une caisse publique de la somme d'argent promise. V. p. ex. l'espèce citée par SEUFFERT *Archiv für Entscheidungen*, etc. T. 9, n° 275.

Digitized by Google

possible, à moins qu'il ne s'agisse d'obligations assujetties aux formes romaines pures.

La promesse publique contient un cas d'application du contrat *in personam incertam*, et la doctrine du droit commun, précédée en cela par plusieurs législations modernes (p. 46), s'est à bon droit prononcée de plus en plus, en ces derniers temps, en faveur de la recevabilité en justice de l'action. Il est vrai que pour le reste, la théorie de l'institution est loin d'avoir acquis déjà la fixité nécessaire. J'ai eu l'occasion de constater cette lacune à l'occasion du point que j'ai à traiter ici, et elle m'a mis dans la nécessité de faire un examen approfondi de cette théorie (100).

Le *but* de toute promesse publique est une prestation, soit d'une personne, soit de plusieurs. Le *moyen* est une récompense annoncée, à laquelle la prestation même donnera droit, sans acceptation préalable. Il résulte de là que les annonces publiques qui contiennent seulement une *invitation à conclure un contrat de la manière ordinaire* ne tombent nullement sous cette notion, p. ex. les demandes de souscription d'actions (101) pour un chemin de fer à construire, les souscriptions à des livres, annonces de marchandises, livres, etc. pour un prix déterminé. Le contrat ne naît ici que par la souscription, la commande etc., et il dépend de l'auteur de l'annonce, non seulement de la retirer lui-même en tout temps, mais encore de repousser quiconque veut contracter avec lui à ce propos. En effet où serait sans cela la limite de sa responsabilité? Devrait-il p. ex., lorsqu'on lui demande plus de marchandises qu'il n'en a en magasin, les livrer tout comme s'il avait déjà conclu un contrat avec tous ceux qui se présentent? Pour le

(100) Outre v. Bülow Abh. T. 1 p. 271 qui a le premier approfondi cette matière, ce qui a été écrit de meilleur se trouve dans Sintenis *Das prakt. gem. Civilrecht* T. 2 § 96 note 58, dont je partage en général l'avis, sauf en ce qui concerne les conséquences de la révocation.

(101) Seuffert Archiv. XI n° 217.

Digitized by Google

public, il est vrai, dans maintes circonstances, l'inobservation de l'annonce publique peut être la source des plus grands désagréments, p. ex. pour les annonces qui concernent l'ordre des moyens publics de transport, les horaires des chemins de fer, des bateaux à vapeur etc. On peut exiger du pouvoir public que, dans la concession de pareilles entreprises, il garantisse, dans l'intérêt du public et sous la menace de peines, la stricte exécution des projets rendus publics; mais au point de vue du droit privé, on ne peut fournir aucune protection contre ce danger. De même que le libraire chez lequel, sur la foi de ses annonces, on veut commander un livre, n'est obligé que lorsqu'il accepte la commande, de même l'administration du chemin de fer n'est obligée que lorsque le billet est payé; jusque là personne ne peut faire valoir une prétention contre elle, quelque grand, quelque évident que soit le préjudice que l'on a souffert de la remise du voyage annoncé ([102]). Sinon on arrive à dire que la simple *intention* de contracter avec une pareille entreprise — et avant l'achat du billet il n'y a rien de plus — suffit pour donner une action, et au cas où un départ annoncé n'aurait pas lieu, il pourrait se présenter des centaines, des milliers de personnes qui auraient soi-disant eu l'intention d'en profiter.

La question se présente tout autrement en matière de promesses publiques. En effet, tandis que dans les rapports dont nous venons de parler il n'y a nulle part une offre, mais seulement une invitation adressée au public de *faire de son côté des offres* sur le pied de l'annonce ([103]), c'est le contraire

([102]) P. ex. quelqu'un est venu de loin dans un port de mer à un jour déterminé pour prendre le bateau en destination de l'Amérique annoncé pour ce jour et il faut maintenant qu'il attende 14 jours jusqu'au prochain départ. Un homme prudent s'assure d'avance de son billet.

([103]) C'est donc au fond, la même marche que dans les ventes aux enchères, seulement avec cette différence que là le prix pour lequel l'auteur de l'offre veut vendre la chose est déterminé d'avance. Dans les deux cas l'invitation à contracter est adressée *in personam incertam*, celui qui s'y

Digitized by Google

qui se présente en matière de promesses publiques. Celui qui fait la promesse n'entend pas se réserver de décider s'il y aura contrat ni avec qui; tout individu qui aura accompli la prestation sera son créancier; la prestation elle-même devra donc valoir comme acceptation.

Si nous comparons ce rapport avec les formes ordinaires du contrat, il pourrait sembler qu'il y a là un contrat bilatéral, dans lequel les deux parties font une prestation et dont le seul caractère différentiel consiste dans l'indétermination de la direction personnelle de l'offre. Néanmoins cela est inexact, car dans un contrat bilatéral les deux parties sont immédiatement *obligées* de prester, avant même qu'elles exécutent la prestation; ici au contraire il ne naît jamais une obligation dans la personne du postulant, ni avant ni après la prestation. Nous devrons donc nécessairement nous en tenir au point de vue de la promesse *unilatérale*. La bilatéralité apparente de la prestation ne provient ici que du caractère conditionnel de la promesse. La prestation accomplie par l'une des parties constitue l'*accomplissement d'une condition*, et à part la désignation nominative du créancier éventuel, il n'y a aucune différence entre promettre à une personne *déterminée* 10 fr. si elle rapporte le chien que l'on a perdu, et faire cette même promesse à une personne *indéterminée*.

Il suit de là qu'à cette promesse conditionnelle s'appliquent également les principes du droit romain sur les conditions, et notamment aussi, au cas d'exécution rendue impossible, la règle : *Quotiens per eum, cujus interest conditionem non impleri, fit, quominus impleatur, perinde haberi debet, ac si impleta conditio fuisset* (104). Mais tandis que dans les

conforme, *demande*, *offre*, et l'auteur de l'annonce *accepte*, tandis que dans la promesse publique c'est ce dernier qui offre et l'auteur de la prestation qui accepte.

(104) L. 161 d. R. J. (50-17). P. ex. au cas où l'auteur de la promesse ne veut pas communiquer aux juges du concours nommés d'avance, les écrits de concours qui lui sont parvenus.

Digitized by Google

promesses conditionnelles ordinaires l'acceptation et l'accomplissement de la condition sont séparés, ici ils coïncident; c'est la prestation qui détermine le *créancier* et elle contient à la fois l'*acceptation* de la promesse et l'*accomplissement de la condition*.

Dans une promesse conditionnelle ordinaire, la condition peut consister aussi bien dans un événement que dans un acte du créancier. Cela est-il possible ici également? On conçoit que l'on puisse promettre avec effet obligatoire un secours à celui qui, dans cette ville, atteindra l'âge de cent ans, ou aux premiers trijumeaux qui y naîtront. Mais le commerce juridique ne demande point cette extension de l'institution; il s'est au contraire renfermé partout dans les limites de la condition *potestative*. La promesse publique doit avoir en vue une *action*, une *prestation*; de quelle espèce? Cela est parfaitement indifférent; elle peut donc consister en un *dare* ou un *facere*, p. ex. aussi dans la simple présence à une cérémonie funèbre, dans la première communication d'une nouvelle etc. ([105]). Peu importe aussi quel intérêt a l'auteur de la promesse à l'exécution de la condition, et s'il a posé celle-ci dans son intérêt propre ou dans l'intérêt public. Aussi lorsqu'il a un intérêt à la *non-exécution* de la condition, comme p. ex. lorsqu'un fabricant promet une prime à celui qui prouvera que son fabricat n'a point les qualités vantées, je ne suis pas d'avis qu'on puisse refuser efficacité à la promesse publique. D'abord, le public ne peut pas toujours savoir ce qui en est de cet intérêt, si, p. ex., le fermier d'une source, auquel l'administration des eaux a garanti l'absence d'une certaine substance nuisible dans l'eau minérale, n'a point le plus grand intérêt, après que le bruit de la présence de pareille substance s'est répandu dans le public, et qu'ainsi son débit s'est notablement amoindri, à constater

([105]) Tels sont aussi les prix promis pour concours de gymnastique, fêtes populaires, expositions de bétail, courses, etc.

Digitized by Google

cette présence, pour pouvoir dénoncer son contrat. — Ensuite, ce refus ne peut en aucune façon se concilier avec les règles, seules décisives en cette matière, relatives aux conditions, et, à moins de tomber dans l'arbitraire, on ne peut s'écarter de cet important point d'attache indiqué par le droit lui-même. Si l'on ne refuse pas l'action du chef d'une pareille promesse, quand celle-ci est faite à une personne *déterminée*, on ne peut pas non plus la refuser ici, car les motifs qu'on pourrait faire valoir pour contester la force obligatoire de la promesse dans l'un des cas, s'appliquent aussi à l'autre. Que l'auteur de la promesse ait un intérêt à ce que la condition *ne s'accomplisse pas*, cela ne peut, pas plus que dans le pari, avoir pour effet d'énerver la force obligatoire de la promesse ; celui qui parie, promet également sous une condition dont il souhaite le *non-accomplissement*. Or, n'est-ce pas faire un demi-pari unilatéral (c.-à-d. dans lequel une seule partie expose quelque chose pour la vérité de son affirmation), que de promettre une récompense à celui qui prouvera l'existence dans une matière déterminée d'une substance qui soi-disant ne s'y trouve point ? Et qui hésitera, puisque chez nous les paris — malheureusement — engendrent des actions, à reconnaître, même au cas d'un pareil pari unilatéral, un droit au gagnant, sauf au juge à apprécier le montant de la somme due? Or, du moment qu'on a reconnu d'une part, l'admissibilité de la promesse conditionnelle *in personam incertam*, et, d'autre part, la recevabilité de l'action née du pari, je ne vois point pourquoi la combinaison des deux : le pari unilatéral *in personam incertam* — le *pari populaire* — ne pourrait donner lieu à une action. Il y a un cas où il sera difficile de la refuser — du moins je connais des décisions en ce sens, — c'est celui où des primes ont été promises publiquement par des gymnastes à celui qui parviendrait à les vaincre. Or, ce que l'on admet pour ce cas, on ne peut sans inconséquence le repousser pour les autres.

Si la promesse publique constitue une promesse *condition-*

Digitized by Google

nelle, il s'ensuit que des assurances *non-conditionnelles* faites à des personnes indéterminées n'engendrent point d'obligation, p. ex. l'annonce publique de distributions de charbons aux pauvres. Comme dans le cas ci-dessus (p. 86), l'auteur de pareille annonce peut, non seulement retirer en tout temps la promesse même, mais encore congédier, selon son bon plaisir, le solliciteur isolé qui se présente.

De même que tout ce qui peut être l'objet d'une condition potestative est propre à constituer la *prestation de l'une des parties*, de même tout ce qui peut être l'objet d'une *promesse* est propre à constituer la *contre-prestation* de l'autre partie; donc non seulement un *dare*, mais aussi un *facere* de toute espèce (p. ex. la promesse d'élever quelqu'un, de le laisser demeurer gratuitement).

La promesse publique ayant pour *but* un appel au public, elle doit être *annoncée publiquement*. La forme est indifférente; elle peut donc consister dans la communication faite oralement, en personne, au public (p. ex. dans l'appel fait par le gymnaste dans un concours public) ou dans l'annonce faite par un crieur public ou par la voie de la presse.

D'après ce qui précède, on peut regarder la promesse publique comme une promesse unilatérale, soumise à une condition potestative et adressée *in personam incertam* ou, comme une *promesse populaire*, dont l'acceptation doit consister dans l'accomplissement de la condition. Comme avant l'acceptation personne n'y a encore puisé un droit, on ne peut, d'avance, contester au promettant le droit de retirer sa promesse. Mais, d'autre part, l'exercice de ce droit peut être tellement préjudiciable à toutes les personnes qui déjà ont entrepris de s'acquitter de la tâche proposée, que sous peine de voir dans cette incertitude disparaître toute la valeur pratique de l'institution, l'on doit protéger le public contre un danger pareil. Cette protection a été tentée de différentes manières, notamment :

1. *par l'interdiction complète de la rétractation*. Il en est

Digitized by Google

ainsi dans le Landrecht prussien. Cette façon de résoudre la question a incontestablement pour elle l'avantage de la plus grande simplicité et, même en droit, on peut la justifier par ce qui se fait en matière de fondations. Une fondation n'est également que la promesse d'argent ou d'un bien *in personam incertam*. Les conditions potestatives ne sont pas non plus contraires à son essence, et toute la distinction entre la fondation et la promesse publique se réduirait ainsi à ce que cette dernière est *consommée* en une fois, tandis que la fondation *se répète*. Un concours pour une question est une *promesse publique;* un fonds pour des concours périodiques de questions serait une fondation. Mais lorsque l'État, comme tuteur des *personae incertae*, juge nécessaire de soustraire les fondations à l'arbitraire du donateur, on ne peut trouver exorbitant qu'il le fasse également pour la promesse publique.

D'autre part cependant on a élevé contre cette façon de résoudre la question des objections graves([106]). Les circonstances qui rendent désirable pour l'auteur de la promesse la prestation qu'il a en vue, peuvent changer; le chien p. ex. pour le retour duquel il a fixé une récompense, est devenu enragé; le bail de la source dans le cas ci-dessus (p. 88) a été denoncé. Tant que la *res* est encore *integra*, c.-à-d. que personne n'a pris des dispositions pour exécuter la prestation, aucun intérêt réel n'est lésé par la rétractation de la promesse publique.

Le système de déduction théorique, à laquelle la doctrine du droit commun est obligée d'avoir recours, ne peut aboutir à cette irrévocabilité de la promesse publique; il aboutit au contraire à la révocabilité à volonté jusqu'au moment où la condition est accomplie. Mais d'autre part la doctrine du droit commun n'a pu se dissimuler qu'il faut une protection

([106]) BORNEMANN *System. Darstellung des preuss. Civilrechts*, III § 206 2e édit. p. 194).

Digitized by Google

pour les intérêts des tiers ainsi compromis([107]). Ceci nous amène au deuxième moyen de résoudre la question :

2. *L'inefficacité de la révocation vis-à-vis de ceux qui ont déjà fait des préparatifs pour la prestation.* Les défenseurs de cette opinion([108]) la fondent sur ce que dans ces démarches est déjà contenue une acceptation et que de là naît pour la partie adverse l'obligation d'attendre le résultat qui en définitive décidera de la question.

Je ne puis me rallier à cette opinion. Elle semble être provenue de l'idée que sans cela les concurrents au prix seraient dépourvus de toute protection([109]) — idée dont j'espère prouver tout à l'heure le manque de fondement — et elle dépend toute entière de la question de savoir s'il faut voir déjà une acceptation dans ces démarches préparatoires. Je ne puis me résoudre à l'admettre. L'acceptation n'est accomplie qu'avec l'accomplissement effectif de la condition; toutes les mesures préparatoires sont donc tout au plus comme des pas vers l'acceptation, mais non comme l'acceptation même, et pas même comme un commencement d'acceptation. En effet qui répond du succès de ces démarches ou même seulement de leur continuation? Or, si l'acceptation est seulement poursuivie ou préparée, on ne peut pas encore lui attribuer l'effet de lier l'auteur de l'offre. Cette opinion en revient donc en réalité, à postuler la règle qu'elle établit, au lieu de la *déduire*. Ce postulat est-il nécessaire? A cet égard l'opinion suivante donnera la réponse([110]).

([107]) SCHWEPPE *Das röm. Privatrecht* T. 3 § 504 (4e édition) admet à la vérité que la promesse publique est révocable d'une manière absolue jusqu'à la prestation du service « parce que jusque là il n'existe pas encore de contrat ». V. aussi WENING-INGENHEIM *Lehrbuch des gem. Civilr.* T. 2 § 238 (4e édit.).

([108]) UNTERHOLZNER *Lehre von den Schuldverhältnissen* T. 1 p. 53, PUCHTA *Pandekten* § 259, SINTENIS l. c., ARNDTS *Pandekten* § 241.

([109]) SINTENIS l. c. « parce que sans cela ses dépenses lui causeraient « un préjudice ».

([110]) SAVIGNY Obligat. II p. 90 arrive au même résultat en partant du point de vue de l'*actio doli*.

Digitized by Google

3. *Admissibilité de la rétractation de l'offre publique, mais avec obligation aux dommages-intérêts du chef de culpa in contrahendo.*

La position du concurrent, qui au milieu de ses efforts se voit surprendre par la rétractation de la promesse, n'est pas autre que celle de l'acceptant dans les contrats entre absents, atteint de la même manière par la révocation de l'offre. Tous deux, sur la foi de la parole de l'auteur d'une offre, ont entrepris ce qu'il désirait et apprennent tout à coup à leurs dépens que le résultat qu'ils s'en promettaient est perdu par le changement de volonté de l'autre partie. Dans les deux cas l'offrant devait, en faisant sa révocation, se représenter les conséquences préjudiciables qui pourraient en résulter; s'il s'y risque quand même, il perd de vue ce qu'il doit observer, en contractant, à l'égard de l'autre partie, c.-à-d. il commet une *culpa in contrahendo*. Dans les deux cas, sa révocation porte atteinte à un rapport contractuel qui est encore en train de se former, et rend inutile, par l'obstacle qu'elle apporte à cette formation, les efforts de l'autre partie, qu'il a lui-même désirés et provoqués. Il importe seulement de ne pas se laisser induire en erreur par une différence de fait qui sépare les deux cas.

Dans les contrats entre absents, les actes faits sur la base d'une offre non encore acceptée n'engendrent aucun droit à des dommages-intérêts (p. 40); pourquoi donc en engendrent-ils un ici? Le motif de cette différence saute aux yeux. Si là, celui qui a reçu l'offre voulait faire valoir une pareille prétention, l'offrant pourrait lui répondre : pourquoi n'avez-vous pas accepté l'offre avant de commencer à agir? Vous aviez en main le moyen de vous sauvegarder et n'en avez pas usé; les suites préjudiciables de vos actes prématurés, vous devez les imputer non à moi mais à vous-même. Au contraire, l'auteur de la promesse publique ne peut pas faire ce reproche au concurrent, car celui-ci ne peut et ne doit pas accepter par des *paroles*, mais commencer de suite *par*

Digitized by Google

le fait. Dans les contrats, comme dans les promesses publiques, l'auteur de la révocation est responsable s'il a *induit* l'autre partie à une activité contractuelle, mais dans les premiers on ne peut parler d'*induire*, que lorsque celui qui a reçu l'offre a *accepté* sans connaître la révocation, tandis que dans les secondes l'acceptation préalable est exclue par la volonté de l'auteur de la promesse et par le but même de l'affaire.

Il résulte de ce qui précède que le postulant n'a pas à fournir la preuve que ses actes auraient eu en réalité le résultat désiré. Dans beaucoup de cas, ce but n'aurait pu être atteint qu'au moyen d'une *concurrence* des candidats au prix; mais celle-ci ayant été d'avance écartée à cause de la révocation de la promesse, cette preuve est impossible.

Par contre, ici comme dans tous les cas de la *culpa in contrahendo*, la faute propre exclut le droit aux dommages-intérêts. Ainsi p. ex. si quelqu'un se présente avec un cheval absolument mauvais, à une course annoncée avec promesse de primes, il ne peut réclamer le remboursement de ses frais de voyage s'il apprend au dernier moment que la course est remise. Je lui refuserais également toute réclamation si l'auteur de la promesse s'offrait à prouver que même sans la révocation de l'offre, les actes du demandeur n'auraient eu aucun résultat, car dans ce cas il n'a souffert aucun *dommage* de la révocation et c'est là la condition de notre action.

J'ai indiqué plus haut (p. 46) un autre cas d'application de l'action auquel peut donner lieu la promesse publique : je n'ai rien à ajouter ici à ce que j'en ai dit. Je termine cette dissertation avec l'espoir que malgré le soin que j'ai mis à rassembler les cas qui rentrent dans cette matière, il y en ait maints autres qui m'aient échappé, et je prie tous ceux qui seraient en mesure de m'envoyer des renseignements complémentaires, de me les faire parvenir, afin que je puisse en tirer profit, le cas échéant, pour une revision ultérieure de cette théorie.

Digitized by Google

APPENDICE.

40. Pendant l'impression de cette étude, m'est arrivée la première livraison du tome 43 de l'*Archiv für civilist. Praxis*, où se trouve p. 94 à 120 un article de M. le professeur FUCHS à Marbourg : *Einige Fragen aus dem Telegraphenrechte*, qui traite le cas examiné plus haut (p. 7 et 75) en citant une dissertation de REYSCHER, publiée l'an dernier, et qui m'avait échappé, dans la revue : *Zeitschr. für deutsches Recht* T. 19, p. 271-320 sous le titre : *Das Telegraphenrecht, insbesondere die Haftpflicht aus unrichtiger oder verspäteter Telegraphirung*, et p. 456-477 : *Urtheil des Landgerichts zu Cöln vom* 28 Juli 1856, concernant la responsabilité dans les relations télégraphiques, avec des notes de REYSCHER. Bien que ces deux dissertations ne doivent point faire modifier l'exposé qui précède, je crois cependant nécessaire de les examiner dans cet appendice, pour donner une idée complète de la doctrine.

REYSCHER est d'accord avec le jugement du tribunal de Cologne, pour admettre que dans ce cas l'erreur essentielle a exclu la perfection du contrat (p. 290), mais par contre il ne veut pas admettre (p. 292 et 472) le motif sur lequel le tribunal a basé la condamnation, à savoir la responsabilité du défendeur du chef de la faute commise dans le choix du moyen de communication. Les motifs du jugement sont ainsi conçus :

Considérant que la télégraphie magneto-électrique forme en ce moment encore un moyen de communication plus ou moins *inexact* et *peu sûr ;* qu'en effet l'on ne connaît encore suffisamment ni la force motrice ni les influences qui la contrarient, l'arrêtent ou la retardent; que, d'autre part, indépendamment des opérations purement mécaniques, l'action du personnel qui y est employé, à cause de la vitesse et de la rapidité extraordinaires auxquelles ce personnel est obligé par la nature même des choses, peut facilement donner lieu

Digitized by Google

à des fautes, erreurs ou malentendus, si bien que tous les États dans les mains desquels se trouve jusqu'ici le service des télégraphes ont décliné toute garantie; que, par conséquent, celui qui se sert pour sa correspondance de ce moyen incertain, et qui néglige les mesures de prévoyance qui sont à sa disposition, pour s'assurer de l'exactitude de la transmission, doit s'imputer à lui-même les suites des troubles et des erreurs commises et réparer le dommage ainsi causé à l'autre partie (art. 1382 du c. civil) etc.

Le tribunal, comme on le voit, est au fond parti du point de vue que j'ai cherché à établir, celui de la *culpa*, sauf qu'il ne s'explique pas sur la question de savoir si cette *culpa* doit ici être conçue comme extra-contractuelle (et c'est celle-ci seule que vise l'art. 1382 cité) ou comme contractuelle.

Reyscher conteste l'exactitude de ce point de vue. En effet, s'il est vrai que la communication par télégraphe n'offre point la même sûreté qu'un échange de lettres, on ne peut cependant faire un reproche à personne de s'être servi du télégraphe, adopté comme moyen de communication par le monde commerçant, voire par le monde entier et par les autorités publiques, moyen qui, bien que moins sûr que la poste, n'en est pas moins littéralement indispensable. « La « vitesse, la rapidité extrême à laquelle est obligé par la « nature des choses le personnel qui y est employé » est tout aussi bien commandée pour les postes et les chemins de fer et ne constitue pas une raison de jeter pour cela la responsabilité sur l'expéditeur. Et si le destinataire ayant accepté et exécuté le télegramme, se sert lui-même du télégraphe, comment pourrait-il faire de cela même un reproche à l'expéditeur? Reyscher repousse l'analogie invoquée par Koch, *Deutsches Eisenbahnrecht* 2e partie, p. 351, note 3, de la responsabilité de celui qui a envoyé un messager pour les erreurs de celui-ci, parce qu'il conteste cette responsabilité. « Celui qui se fie à un faux messager ou qui donne au vrai « plus de créance qu'il n'est autorisé à recevoir, doit se

Digitized by Google

« reprocher à lui-même sa crédulité, il ne peut s'en prendre « qu'à celui qui l'a trompé. » Dans toutes les erreurs de dépêches, qu'elles concernent l'adresse, le nom de l'expéditeur ou le contenu, le contrat ne se forme *qu'en apparence*, or l'expéditeur ne répond que de sa déclaration réelle de volonté. Il n'y a modification que lorsqu'il a pris sur lui les risques d'erreur, ce qu'il fait tacitement lorsqu'il donne l'ordre d'exécuter immédiatement, et ce qu'il faut présumer s'il existe des relations suivies entre lui et le destinataire (p. ex. si ce dernier est son commissionnaire ou son serviteur). Il en va de même lorsque p. ex. c'est par la confusion de son manuscrit qu'il a causé l'erreur du télégraphiste. Par contre, on ne peut le déclarer en faute parce qu'il a omis le collationnement par envoi d'une dépêche en retour, puisque dans le règlement des télégraphes austro-allemands de 1857, ce collationnement n'est plus prévu.

A la lecture du premier article de Reyscher, j'aurais cru (avec Fuchs l. c. p. 101, note 10) qu'il désapprouvait la décision du tribunal de Cologne, mais dans le deuxième article, p. 477, il déclare qu'il approuve ce jugement, en faisant valoir ce motif qu'en donnant un ordre incontestablement *urgent*, la maison de Cologne a *tacitement pris sur elle* les risques des inexactitudes possibles du télégraphe, et que d'après les circonstances, une dépêche en retour n'aurait plus été possible de la part du demandeur, parce que le retard qui devait en provenir aurait empêché radicalement l'exécution de l'opération ordonnée.

Fuchs cherche à établir en général la proposition que lorsqu'il résulte un dommage d'une transmission télégraphique inexacte, ce dommage doit être supporté par l'expéditeur et non par le destinataire. Cette proposition, il est vrai, ne peut être justifiée au moyen de la *culpa*, car le télégraphe, à cause de ses avantages impossibles à obtenir autrement et qui dépassent de loin les risques, est devenu, dans les relations universelles, le moyen usité de correspon-

Digitized by Google

dance. Cela étant, on n'est pas autorisé à qualifier de *culpa* le fait d'avoir recours à ce moyen. D'autre part le collationnement par dépêche en retour est une mesure excédant les bornes d'une prudence ordinaire. Son omission ne peut donc faire l'objet d'un reproche adressé à l'expéditeur. La responsabilité de celui-ci ne peut être justifiée qu'en disant qu'il doit reconnaître comme sienne, la dépêche *telle qu'elle* a été délivrée et qu'en échange de l'avantage d'une rapidité qu'aucun autre moyen de communication ne peut lui offrir au même degré, il doit accepter les risques que la correspondance télégraphique entraîne nécessairement par suite de son organisation technique. Par le choix de *ce* moyen de correspondance, il prend *toujours* tacitement sur lui les risques, non parce qu'il s'en est rendu *coupable*, mais parce que dans son propre intérêt, il les a *occasionnés*. Cette garantie tacite doit être admise dans *tous* les cas, et non pas seulement dans ceux auxquels Reyscher la restreint. L'ordre d'agir *immédiatement* est *tacitement* contenu dans *toute* dépêche, notamment dans cette circonstance qu'on s'est servi du télégraphe et non de la poste. La circonstance que l'expéditeur et le destinataire ont entre eux des relations *suivies* ou *accidentelles*, est sans aucune relevance; car du moment que l'on admet comme règle que l'altération de la dépêche exclut le consentement et par suite la responsabilité, ce point de vue doit être appliqué dans l'un cas aussi bien que dans l'autre.

Lorsque l'on tient pour généralement applicable ce que Reyscher dit en faveur d'une garantie tacite, on ne peut qu'approuver que Fuchs veuille la faire valoir dans *tous* les cas de communication télégraphique, et je me rallie entièrement à tout ce qu'il dit contre Reyscher, mais les raisons que tous deux font valoir contre le point de vue de la *culpa*, invoqué par le tribunal de Cologne et par moi de mon côté, n'ont pu me convaincre de l'inexactitude de ce point de vue. En effet :

1. La circonstance que le télégraphe est universelle-

Digitized by Google

ment *usité* et même indispensable ne l'empêche pas d'être un moyen de communication *inexact* et *trompeur*. Dans la vie, on se sert assurément non moins souvent, sinon plus, du messager, et si l'on a égard à ce qui se fait généralement, on ne peut certes qualifier de *culpa* l'usage de ces deux moyens. Mais si l'on a égard à leur valeur intrinsèque, on doit avouer que tous deux sont bien inférieurs, quant à l'exactitude, à la communication orale ou écrite, faite *en personne*, et que celui qui se sert d'eux hasarde et *risque*. Il *occasionne* le risque, comme dit Fuchs lui-même, et je ne sais pas pourquoi on ne pourrait pas dire : il s'en est rendu *coupable*. Il avait le choix entre un moyen absolument sûr, et un autre que l'expérience a montré incertain; dans son *propre* intérêt, il se décide pour ce dernier, et cause ainsi un *préjudice* à l'autre contractant; n'est-ce pas là une *culpa*?

2. Si le règlement de 1857 a aboli le collationnement, cela veut dire seulement que celui-ci ne peut plus être exigé pour le prix d'une dépêche simple, mais cela ne veut nullement dire que l'expéditeur de la dépêche qui tient à une dépêche en retour et paie les frais de cette seconde dépêche, ne peut pas l'obtenir. Si, par économie, il néglige cette mesure de prudence, on peut lui reprocher d'avoir laissé sans usage le seul moyen efficace d'écarter toute erreur et, ici encore, de ce que cette imprévoyance est générale, je ne puis conclure qu'elle ne doive pas être qualifiée de *culpa*.

Au surplus, Reyscher décharge d'une manière absolue l'expéditeur de toute responsabilité quant aux erreurs de son messager, mais je me demande pourquoi, dans les cas où il déclare l'expéditeur de la dépêche responsable, il ne le déclare pas aussi responsable de son messager. La situation du destinataire qui, par l'un ou l'autre moyen, reçoit l'ordre d'agir *immédiatement*, est exactement la même dans les deux cas; ici comme là, il ne peut ni ne doit s'assurer d'abord de l'authenticité de la communication, par un recours à l'expéditeur. Dira-t-on que le cocher, au lieu d'atteler immédiate-

Digitized by Google

ment, comme le porte l'ordre, doit d'abord envoyer quelqu'un pour se convaincre que le messager ne s'est pas trompé ? A mon avis, Koch, qui identifie complètement les deux cas, est parfaitement dans le vrai, et l'expéditeur de la dépêche, dans le cas qu'il cite, en reconnaissant librement son obligation de réparer le dommage, n'a fait que prouver que le sens juridique sain du vulgaire est d'accord, en règle générale, avec ce que la jurisprudence ne parvient à établir qu'au prix de laborieuses déductions théoriques.

Digitized by Google

VI. — Des restrictions imposées aux propriétaires fonciers dans l'intérêt des voisins (1862).

SOMMAIRE.

1. Introduction.
2. Aspect différent de la notion de propriété, selon qu'elle s'applique aux choses mobilières ou aux choses immobilières.
3. Différence entre la propriété mobilière et la propriété immobilière au point de vue de l'étendue du droit dans l'espace.
4. Étendue de la propriété foncière en hauteur.
5. Étendue de la propriété foncière en profondeur.
6. Différence entre la propriété mobilière et la propriété immobilière au point de vue de l'intensité du droit c.-à.d. de la nature des actes qu'il permet.
7. Division de la matière.
8. — 1. Actes ou états de choses.
9. — 2. Actes intentionnels ou non-intentionnels.
10. — 3. Atteintes immédiates ou médiates.
11. — 4. *Immissio* corporelle.
12. — 5. Intérêt du voisin. — Sa mesure objective.
13. — 6. Dommageabilité pour la chose ou pour la personne.
14. — 7. Gêne pour la personne.
15. — 8. Restrictions *in non faciendo*.

Digitized by Google

Digitized by Google

INTRODUCTION.

1. La question dont je compte m'occuper est connue comme l'une des plus difficiles de la pratique et des plus importantes de la législation. On ne peut dire, toutefois, qu'elle ait été traitée avec le soin qu'elle mérite. Ce n'est point que la doctrine ait négligé l'étude des divers cas particuliers prévus par les sources[1]; mais elle ne s'est guère occupée d'établir les principes de la matière. On esquive habituellement la question, et cela n'est pas digne, à mon avis, de l'importance du problème.

Le travail que je reproduis ici a été fait en 1862 pour la conférence du *Juristen Verein* du grand duché de Hesse. J'aurais voulu, alors comme aujourd'hui, faire la comparaison des législations modernes les plus importantes, mais rien ne sert de citer quelques articles de lois nouvelles. Pour avoir une valeur, un travail pareil devrait s'étendre à la doctrine et à la jurisprudence des pays étrangers, et le temps

[1] Je citerai notamment DIRKSEN *Ueber die gesetzliche Eigenthumsbeschränkungen...* dans la *Zeitschr. für Rechtsgesch Wissenschaft.* II p. 450*s.* (1815). BÖCKING *Pandekten* II § 140 (1855). BEKKER *Die gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen*, dans BEKKER et MUTHER *Jahrb.* V p. 148*s.* (1862).

Digitized by Google

m'a manqué, il me manque encore pour le faire([2]). Puisse un autre combler cette lacune, il aura rendu un grand service à notre matière.

I. Aspect différent de la notion de propriété selon qu'elle s'applique aux choses mobilières ou aux choses immobilières.

2. La diversité naturelle des choses n'empêche point, comme on le sait, qu'elles puissent être soumises à des principes juridiques communs, et le droit romain, comme notre droit actuel, a appliqué la même définition à la propriété des meubles et à celle des immeubles On remarque cependant dans la physionomie de l'une et de l'autre, des différences qui ne manquent point d'importance, tant au point de vue de *l'étendue* du droit dans l'espace, qu'au point de vue de ce que j'appellerai son *intensité*. Comparée à la propriété des meubles, la propriété immobilière est plus *large* sous le premier rapport et plus *restreinte* sous le second. Plus large, en ce que son objet le plus proche, la terre, s'étend à tout ce qui est au dessus et au dessous; plus restreinte, en ce l'on impose au propriétaire l'obligation de s'abstenir, dans l'intérêt de ses voisins, de maintes actions qu'il devrait pouvoir faire d'après la plénitude de son droit, et de tolérer, de la part de ces mêmes voisins, des attein-

([2]) Le lecteur remarquera que j'ai mis à profit la littérature du droit commun pour autant que j'en ai eu connaissance, bien que je n'aie pas jugé nécessaire d'accumuler les citations. Le meilleur traité sur notre question reste toujours celui de Spangenberg *Arch. f. d. civ. Pr.* IX p. 265*s.* (1826). Celui de Seuffert *Erörterungen* II p. 8-15 (1821) est très faible. Au surplus je renvoie pour les indications bibliographiques à Holzschuher *Theorie und Casuistik* II, 1 chap. 2 § 1-3. Pagenstecher *Die röm. Lehre vom Eigenthum* 1 p. 99*s.* et Girtanner *Repertorium der deutschen civilistischen Praxis* (appendice à *Rechtsfällen* 2e édit. sous le titre : *Eigenthums beschränkungen*).

Digitized by Google

tes à sa sphère juridique qu'il devrait pouvoir repousser.

Examinons la propriété foncière sous ces deux aspects.

II. Différence entre la propriété mobilière et la propriété immobilière au point de vue de l'étendue du droit dans l'espace.

3. Pour les choses mobilières, la propriété se confond avec la chose même; elle s'étend aussi loin que les limites de la chose; son objet est toute la *substance* comprise entre ces limites.

Il va sans dire que cette notion de la propriété ne peut être étendue aux choses immobilières. En *profondeur*, la propriété foncière n'a point de limites; une parcelle de terre se joint sans intervalle à toutes les autres. En *hauteur*, il y a bien une délimitation donnée par la surface de la terre, mais si la propriété devait être restreinte à cette surface qui est son objet proprement dit, si elle ne devait pas être étendue à l'espace *au dessus* du fonds, elle perdrait toute utilité pratique, car chacun serait libre de bâtir dans l'espace atmosphérique de son voisin, d'y laisser pendre des branches d'arbres etc. pourvu qu'il s'abstienne de toucher au sol qui est au dessous. Voyons comment le droit romain a résolu cette question de l'extension de la propriété foncière en hauteur et en profondeur.

III. Étendue de la propriété foncière en hauteur.

4. Il est inutile de parler de la *nécessité pratique* de cette extension, car tout usage quelconque d'un fonds, pour bâtir ou pour planter, dépend dans une certaine mesure de la liberté de l'espace atmosphérique qui le surmonte. Si cette liberté était abandonnée au hasard, si elle ne jouissait point de la *protection* et de la *sûreté* juridiques, la propriété foncière serait entièrement paralysée. Werenberg, néanmoins (*Jahrbücher* t. VI, n° 1), a voulu nier ce droit de

Digitized by Google

propriété sur l'espace atmosphérique, mais il n'a pu le faire qu'en ramenant sous une forme ce qu'il dénie sous une autre. Son explication n'a, dès lors, en réalité, que la valeur d'une conception purement théorique et sans aucune portée. N'admettre en cette matière qu'un droit d'occupation et de prévention, de sorte que celui qui bâtit le premier dans un espace atmosphérique déterminé, au dessus de son fonds ou au dessus du fonds d'autrui, conserverait le droit de posséder cet espace, équivaudrait si bien à l'abolition de toute propriété que WERENBERG n'a pu sérieusement soutenir sa thèse et qu'il a dû imaginer toutes sortes de restrictions pour arriver à un résultat supportable pour la vie pratique.

Mais pourquoi s'attacher à cette thèse? WERENBERG y a été amené par quelques objections qu'il est facile, cependant, de réfuter.

« L'air est *res communis*. » Certes, mais il n'en résulte rien pour l'*espace* dans lequel il se trouve. Si l'on pouvait conclure de la qualité juridique de l'air à celle de l'espace, on pourrait également conclure de la qualité juridique de l'eau courante à celle du lit dans lequel elle court, de la qualité juridique du gibier à celle de l'endroit où il se tient. L'air et l'eau courante sont *res communes*, le gibier est *res nullius*. Mais suit-il de là que je puisse aller sur le fonds du voisin pour y respirer l'air, pour puiser de l'eau à sa source ou pour tirer des lièvres ? (3). WERENBERG a confondu l'*air et l'espace*.

« L'espace ne peut être l'objet de la *propriété;* celle-ci « suppose un objet substantiel, une chose; or l'espace n'est « point un objet substantiel. » — D'accord ; mais cela exclut-il un droit de prohibition pour le propriétaire contre les atteintes portées par ses voisins à son espace atmosphérique ? La législation ne peut refuser de reconnaître ce droit, parce que la théorie ne sait dans quelle catégorie le ranger. Qu'on

(3) L. 16 de S. P. R. (8-3), L. 3 § 1 de Acq. r. d. (41-1).

Digitized by Google

l'appelle abusivement *propriété* de l'*atmosphère* ou qu'on y voie une *conséquence*, un *complément* de la propriété foncière, cela est une simple question d'école. En pratique, il suffit parfaitement que dans ce droit se retrouvent les deux éléments de la propriété, l'élément *positif*, que le propriétaire peut user *pour lui* de cet espace atmosphérique, et l'élément *négatif* qu'il peut repousser les atteintes des autres.

« Les *atteintes* des voisins à cet espace sont dans une « certaine mesure permises. » — Cela est également exact, mais si, pour ce motif, on veut nier le droit du propriétaire foncier quant à cet espace, il faut également le nier quant à la terre même, car si je dois souffrir, dans mon espace atmosphérique, la fumée et les vapeurs qui y arrivent du fonds voisin, je dois également souffrir la poussière qui tombe sur mon terrain, ou l'eau et l'humidité qui, venant du sol voisin, pénètrent dans le mien. Tout ce qui résulte de cette proposition, c'est que le droit du propriétaire à l'espace atmosphérique, pas plus que son droit au sol, ne comporte les conséquences extrêmes de la notion du droit de propriété.

« Le droit romain, dans la L. 29 § 1 ad leg. Aq. (9-2) « adjuge à celui qui bâtit l'espace qu'il a pris à l'atmosphère « du fonds voisin en y faisant une saillie. » (Werenberg p. 16). — Cette objection repose sur une erreur évidente. Le texte distingue. Ou bien, de sa propre autorité, et sans aucun droit, on a bâti *entièrement* sur le sol d'autrui (*in alieno*), — dans ce cas le propriétaire a le droit de protéger sa possession et de détruire l'ouvrage; ou bien on a seulement *surbâti*, c.-à-d. bâti sur son propre sol (*in suo*), devenant ainsi *possesseur* et *propriétaire* du bâtiment, mais celui-ci empiète sur l'espace atmosphérique du voisin. Ce dernier, pour écarter l'atteinte, doit recourir à une action en justice, tout comme dans le cas de branches pendantes ou de racines avançantes, qu'il ne peut, comme on sait, enlever de

Digitized by Google

son autorité privée([4]), tout au moins pas avant d'avoir sans succès prié le voisin de les couper lui-même. Les mots *in suo protegere* doivent donc être rapportés, non à l'espace atmosphérique, mais à l'endroit où se trouve la maison dont la saillie ne forme qu'une partie.

On peut dire également que la tentative faite par WERENBERG (p. 17) pour écarter les deux textes du droit romain([4a]) sur lesquels on s'est toujours basé pour admettre la propriété sur la colonne d'air ou plus exactement sur l'espace atmosphérique, est manquée. Ces textes étendent ce qui est dit des *loci publici* ou *religiosi* à l'air atmosphérique qui les surmonte. *Coelum*, en effet, signifie aussi atmosphère; tous les dictionnaires l'enseignent, et cela résulte de l'ensemble du texte([5]). L'atmosphère fait partie du *locus religiosus* ou *publicus* (*quia sepulchri sit non solum is locus, qui recipiat humationem, sed omne etiam supra id coelum*), elle est, comme la chose elle-même, soustraite au *commercium* (*liberum esse debet*). J'abandonne à d'autres le soin de juger si WERENBERG a réussi à ébranler l'idée qui fait le fond de ces décisions, à savoir *que la qualité juridique du sol s'étend à l'espace atmosphérique*, tant dans les cas spécialement prévus par les sources, que dans les cas, assimilés par la doctrine, où il s'agit de terrains privés. Je me bornerai à invoquer un fait analogue, qui, à mon avis, confirme la force probante des textes cités. Les juristes romains étendent la qualité de *res communis* de la mer, et celle de *res publicae* des fleuves publics à leurs *rivages*([6]). Pour quel motif? Pour le même motif qui en matière de *loci publici* ou *religiosi* exige que le caractère de ces lieux soit étendu à l'espace atmosphérique, à savoir que s'il en était autrement, l'usage

([4]) L. 1 pr. § 6 de arb. caed. (43-27 . L. 6 § 2 Arb. furt (47-7).

([4a]) L. 1 pr. D. de S. pr. urb. (8-2); L. 22 § 4 D. quod vi aut clam (43-24).

([5]) V. aussi L. 21 § 2 quod vi (43-24 *tam soli quam coeli mensura facienda est.*

([6]) L. 2 § 1 de R. D. (1-8) — *mare et* PER HOC *litora maris.* L. 5 p. ibid.

Digitized by Google

auquel la chose est destinée serait gravement compromis, que dès lors la destination même de la chose réclame cette extension. La sphère juridique de la mer et des fleuves est étendue dans le sens de la *largeur*, ici on l'étend dans le sens de la *hauteur*. J'attends que l'on me démontre que cette extension est moins nécessaire pour les fonds privés que pour les fonds hors du commerce.

Les explications qui précèdent m'autorisent à dire, que la théorie dominante relative au droit du propriétaire sur l'espace atmosphérique, n'a nullement été ébranlée par les attaques de WERENBERG. Néanmoins, pour la protéger contre d'autres attaques, il peut être utile de donner à ce droit une forme un peu plus précise que celle qu'on lui donne habituellement lorsqu'on parle d'un droit de propriété s'étendant jusqu'aux limites de l'atmosphère.

L'exagération de cette formule n'a peut-être pas été sans influence sur la création de la théorie de WERENBERG. Examinons ce qui en est.

Une seule proposition résumera mon opinion : le droit à l'espace atmosphérique, ou disons même franchement : *l'atmosphère de la propriété* ne s'étend pas au delà des nécessités pratiques auxquelles il s'agit de satisfaire. Si l'on voulait la mesurer d'après le type de la propriété mobilière et autoriser, par suite, l'ayant-droit, sans avoir égard à son intérêt éventuel, à repousser toutes les atteintes des tiers, sur la base de la logique absolue du droit de propriété, l'établissement d'un droit pareil entraînerait, en les renforçant, tous les inconvénients auxquels il devrait remédier et détruirait la valeur pratique de la propriété du sol. Nul ne pourrait laisser voler ses oiseaux à travers mon espace atmosphérique, faire de la fumée, de la poussière, de la vapeur, etc. qui y pénètrent, et le jet d'une balle au dessus de ma grange constituerait une atteinte à mon espace atmosphérique. Pas n'est besoin de dire que les juristes romains n'ont pas prêté les mains à un pareil abus de logique ; une série d'exemples que je men-

Digitized by Google

tionnerai plus loin en témoigne. Le seul intérêt *pratique* qu'ait le propriétaire à la liberté de son espace atmosphérique est qu'on ne lui enlève point l'air, la lumière et l'eau du ciel, qu'il ne soit pas empêché de bâtir aussi haut qu'il lui plaît, qu'on ne lui rende pas impossible le séjour sur son fonds en remplissant son air atmosphérique d'odeurs pestilentielles, d'une fumée ou d'une poussière exagérées etc. Au delà de ces limites, le droit à l'atmosphère perd sa raison d'être et aurait pour seul résultat de mettre les armes de la loi dans les mains de la chicane, de fomenter l'esprit procédurier et d'établir les voisins sur le pied de guerre.

Appliquons ces principes à une espèce imaginaire. Sur la paroi d'un rocher perpendiculaire, le propriétaire du sommet établit une balustrade qui s'avance au dessus de l'espace atmosphérique du fonds situé à mille pieds plus bas; le propriétaire de ce fonds peut-il l'en empêcher? Je n'hésite pas à répondre non, et sans réserves, car je suis convaincu que pas un juriste romain n'aurait jugé, dans ce cas, qu'une *actio negatoria* fût admissible. Au contraire, ils l'auraient tout uniment repoussée par le motif que l'idée de l'atmosphère de la propriété, étant commandée moins par une nécessité de principe, que par des considérations pratiques, il n'existe aucune raison de l'étendre plus loin que ne le réclame le besoin pratique, et qu'à cette hauteur l'espace atmosphérique ne répond plus à aucun intérêt pratique (lumière, pluie, vent).

IV. Étendue de la propriété foncière dans la profondeur.

5. De ce côté il n'y a, en principe, aucun obstacle à l'application de l'idée de propriété, car il existe ici un objet susceptible de propriété, une chose, et la logique absolue semble commander l'extension de la propriété jusqu'à une profondeur illimitée, ou si on veut, jusqu'au centre de la terre. Mais ici, comme dans l'extension du droit à l'espace atmosphérique jusqu'aux limites de l'atmosphère, se présente

Digitized by Google

immédiatement la question : pourquoi une aussi large extension? Serait-ce parce qu'il serait arbitraire de poser une limite? Je l'accorde; si l'on ne peut se faire à l'idée que la propriété cesse, dans la profondeur, là où cesse tout intérêt appréciable, on peut prolonger la propriété jusqu'au centre de la terre. Mais, je le demande : le droit doit-il reconnaître une pareille notion? S'y attache-t-il un intérêt quelconque? La négative ne peut être douteuse.

Jusqu'où donc s'étendra la propriété? Je réitère ma réponse : *aussi loin que s'étend l'intérêt pratique*. Si, dans le cas imaginé tout à l'heure, le propriétaire inférieur creuse un trou dans le rocher, y fait une cave, le propriétaire supérieur pourra-t-il l'en empêcher sous prétexte qu'il y aurait là une atteinte à sa propriété, puisque celle-ci, d'après cette idée, se prolongerait jusqu'au bas? Ce serait une absurdité, une pure chicane, et je ne doute point que nul juge au monde n'accueillerait une *actio negatoria* pareille. Mais que conclure de là? Uniquement, que de ce côté aussi, l'extension de la propriété doit trouver sa limite dans l'intérêt pratique. Si l'on accorde ce point; le propriétaire devra supporter qu'à une profondeur où il ne lui est plus possible d'utiliser lui-même sa propriété, d'autres qui sont en mesure d'en tirer parti, viennent l'utiliser. Le droit romain le reconnaît, car il déclare libre l'exploitation des mines sous le fonds d'autrui, lorsqu'elle ne menace point les constructions qui s'y trouvent(7), et il ne réserve au propriétaire qu'un droit au dixième du produit(8).

On peut discuter à ce propos la question de savoir si l'on peut parler ici de *propriété* dans le sens étroit, c.-à-d. sur la *substance* ou seulement d'un droit à l'*espace*, comme pour

(7) L. 6 Code de Metall. (11-6). L. 14 Cod. Th. ibid. (10-19).

(8) L. 3 Cod. de Metall. (11-6). L. 10, 11, 14. Cod. Th. ib. (10-19); néanmoins, il n'admet point la recherche de trésors dans le sol d'autrui. L. 2 Cod. Theod. de thes. (10-18). L. 1 Cod. Just. ib. (10-15).

Digitized by Google

l'espace atmosphérique. Dans le premier cas, on devrait reconnaître au propriétaire du sol la propriété des minéraux etc. qui se trouvent sous la surface, même avant qu'il se les soit appropriés. Dans le deuxième cas, on ne pourrait lui reconnaître que le droit d'user exclusivement de cet espace. La question n'a point d'importance pratique, car pour les deux seules hypothèses où elle pourrait offrir quelque intérêt, pour l'exploitation des mines et pour les trésors, il existe des décisions spéciales qui tiennent en quelque sorte le milieu entre ces deux conceptions.

N'ayant point l'intention de m'arrêter à des questions auxquelles je ne puis reconnaître une importance pratique, j'abandonne ces points à ceux qui trouveraient du plaisir à s'en occuper et je me borne à remarquer qu'ici encore le droit romain n'a pas donné à la propriété foncière la forme absolue que comporterait la logique pure de son principe. Il suffira pour le prouver, de rappeler la règle que le propriétaire doit souffrir que les racines des arbres du voisin s'avancent dans son fonds tant qu'elles ne font pas de tort aux fondations de son bâtiment(9). Il suit de là qu'il doit supporter la quantité ordinaire d'humidité qui pénètre du fonds voisin dans le sien, à la suite du déversement des eaux, du creusement des fosses à fumier, des citernes etc., mais qu'ici aussi, comme pour les racines d'arbres, il ne doit point souffrir le dommage causé à son fonds par des travaux défectueux, par le déversement ou le rassemblement excessifs et extraordinaires des eaux de drainage.

V. Différences entre la propriété mobilière et la propriété immobilière au point de vue de l'intensité du droit, c.-a-d. de la nature des actes qu'il permet.

6. Le pouvoir de disposer librement de la chose, que nous considérons habituellement comme étant l'essence de la pro-

(9) Arg. L. 1. Cod. de interd. (8-1).

Digitized by Google

priété, n'obtient une complète réalisation que pour les choses mobilières. Le transporter à la propriété foncière serait rendre celle-ci pratiquement impossible; elle succomberait sous ses propres conséquences. Nous allons nous en convaincre en essayant de poursuivre jusqu'au bout les conséquences absolues de la propriété foncière, d'abord dans la personne d'un propriétaire (A.) que nous supposons faire des actes de propriété, puis dans la personne du voisin (B.) dans la sphère juridique duquel les effets de ces actes viennent retentir. Tous deux se prévalent des conséquences absolues de leur droit de propriété.

Prenons d'abord A. S'il est libre de faire tous les actes qui, pour ce qui regarde le lieu de leur accomplissement, se restreignent rigoureusement à son fonds et à l'espace atmosphérique qui le surmonte, il est en son pouvoir de chasser tous ses voisins, et de les contraindre à lui vendre leur fonds pour le prix le plus dérisoire. Il établira sur son fonds une écorcherie empestant l'air environnant, un puits renfermant des substances qui empoisonnent la terre du voisin, une fabrique dont l'exploitation ébranle le sol et fait crouler les maisons avoisinantes, dont la fumée tue la végétation aux alentours, ou dont la chaleur intense empêche tout séjour à proximité; il creusera joignant la limite un trou profond qui fera crouler le mur du voisin etc. En faisant tout cela, il reste rigoureusement dans les limites de sa propriété; il ne porte donc *directement* aucune atteinte à la sphère juridique de B; celui-ci souffre uniquement des *suites* des actes de A. Si cela pouvait suffire pour détourner de ce dernier la responsabilité de ces actes, il ne resterait plus à B qu'à s'en aller, à moins qu'il ne fût en mesure de se livrer, de son côté, à des représailles, et attaqué au moyen de l'eau et de la fumée, de se défendre par la chaleur, le bruit, les secousses etc. Une situation pareille est impossible, ce serait l'état de guerre permanent entre les voisins.

Plaçons-nous maintenant au point de vue de B. S'il lui

Digitized by Google

est permis de se prévaloir de sa propriété jusque dans ses dernières conséquences, il pourra repousser, comme des empiètements, tous les effets des actes de A qui s'étendent jusque dans sa sphère juridique. A ne pourra plus faire la cuisine ni se chauffer, parce que l'odeur et la fumée pénètrent jusqu'à B; pas une feuille de l'arbre de A ne pourra tomber sur le terrain de B, et ainsi de suite. Pareil cantonnement des propriétaires dans les limites de leur propriété, si le droit voulait le tolérer, amènerait la mort de la propriété. Nous arrivons ainsi à ce résultat que, de part et d'autre, l'application rigoureuse de la notion de propriété contient une impossibilité pratique, et que partant, la propriété sur les choses immobilières doit être autrement organisée que la propriété sur les choses mobilières. Le motif en est évident. Seules, les choses mobilières sont, dans leur existence extérieure, assez concentrées, assez isolées pour que l'on puisse régulièrement user de l'une sans atteindre en même temps les autres; la nature même les a individualisées. Pour les choses immobilières, au contraire, ce n'est pas, en règle générale, la nature, mais l'homme, la volonté, le droit qui en a fait des individualités, des objets spéciaux de la propriété. La séparation entre les fonds de terre, même lorsqu'elle est manifestée extérieurement par des fossés, des palissades, des murs etc., ne détruit point leur rapport naturel de cohésion et de dépendance réciproque. Il n'est guère possible d'utiliser un fonds si on l'isole; l'emploi d'un fonds implique régulièrement l'usage antérieur, simultané ou subséquent des fonds avoisinants, cet usage ne consistât-il que dans le passage nécessaire sur le fonds voisin ou sur la voie publique. La nature elle-même a donc établi entre les fonds de terre un certain rapport d'aide réciproque et de tolérance qui rend le principe de l'isolement de fait et de droit d'une application impossible.

Ce rapport, que je nommerai pour abréger le rapport du voisinage, peut être abandonné jusqu'à un certain point à la

Digitized by Google

libre entente des voisins. Tel est le but de l'institution des servitudes prédiales. L'idée fondamentale qui en fait la base est celle d'une *aide réciproque des voisins, indiquée par la nature même et librement assurée entre eux*. Cette idée a été admirablement développée par les juristes romains, qui lui ont emprunté notamment la condition de la *vicinitas* (*praedia debent esse vicina*). La *liberté* dans les rapports du voisinage s'étend donc aussi loin que les servitudes prédiales; tout ce qui peut et doit devenir l'objet de celles-ci est considéré par le droit romain comme n'étant pas absolument nécessaire. La servitude prédiale est le criterium de la teneur intensive de la propriété foncière (10).

Mais l'obtention d'une servitude prédiale dépend du bon vouloir du voisin, et le droit ne peut faire dépendre du bon vouloir l'existence de rapports supportables entre voisins. Ce qui est absolument nécessaire et indispensable doit toujours être garanti par la loi. De là vient qu'en regard du système du *libre* règlement des rapports de voisinage, sous forme de servitudes prédiales, se place le système du règlement *légal* au moyen des restrictions imposées par la loi à la propriété foncière; le premier ayant pour but l'augmentation individuelle de l'utilité, de la commodité, de l'agrément etc., le second ayant pour but la garantie de ce qui est généralement nécessaire et indispensable.

L'organisation législative des rapports du voisinage compte parmi les problèmes les plus difficiles qui existent. Il ne s'agit pas seulement de savoir ce que chacun peut faire sur son fonds et ce qui doit être considéré comme atteinte à la sphère juridique du voisin, mais en même temps d'une série d'autres questions, p. ex. en quelle forme le propriétaire peut-il repousser les empiètements du voisin ? de son autorité privée, ou par voie d'action en justice? Jusqu'à quel point

(10) Le droit n'intervient dans ce domaine livré à la libre entente que d'une façon très restreinte (passage pour enclave).

Digitized by Google

peut-on exiger de lui qu'il s'y oppose *en temps opportun*, et quelle influence exerce la tolérance de sa part? Jusqu'à quel point les empiètements donnent-ils lieu à des dommages-intérêts? On ne voit point apparaître d'une manière claire et précise, dans nos traités modernes sur cette matière, la conscience de la difficulté et de l'étendue de ce problème, ni celle des considérations et des points de vue qui le règlent, et que le droit romain a plus ou moins reconnus. Cela tient, pour la plus grande part, à ce que ces traités, régulièrement, ne se risquent point à s'élever au dessus de la *forme* des moyens de droit à l'aide desquels le droit romain a résolu le problème. Au lieu de les combiner tous ensemble pour acquérir ainsi une vue intrinsèque et d'ensemble du rapport tout entier, au lieu de montrer comment ils se pénètrent les uns les autres et se complètent réciproquement, on les a séparés d'après des criteriums purement techniques p. ex: *actio in rem* et *in personam*, troubles *imminents* et troubles *accomplis*. Même dans les ouvrages qui évitent cette faute, le parallèle entre ces moyens de droit est plutôt extrinsèque qu'intrinsèque; ils ne s'élèvent point de la *forme* à *l'idée* législative.

Il ne peut entrer dans mes intentions de réparer ici cette faute, et je ne veux pas même me vanter de le pouvoir, mais pour l'intelligence de ce qui suit, on me permettra de donner au moins quelques indications en ce sens.

Mon toit délabré s'écroule sur le fonds du voisin. A coup sûr, il y a là une atteinte à la sphère juridique de ce dernier, et comme je mérite le reproche de ne pas avoir réparé mon toit en temps opportun, il y a lieu, semble-t-il, de décider que je dois des dommages-intérêts à mon voisin; tout aussi bien que si, par ma faute, j'avais endommagé une chose mobilière qui lui appartient. Cependant le droit romain lui refuse le droit à des dommages-intérêts. Pourquoi? En voici le motif. Si, comme il devrait le faire pour motiver son action, le voisin voulait me faire ce reproche: vous auriez

Digitized by Google

dû prévoir que le toit pouvait s'écrouler, je lui renverrais le reproche en disant : si j'ai pu et dû prévoir cela, il en est de même de vous ; vous auriez dû attirer mon attention sur ce point et si vous n'avez rien prévu, comment pouvez-vous m'imputer à faute un manque de prévoyance? L'expression formelle de cette idée nous est représentée par la *cautio damni infecti*. Dépouillée de sa forme, et ramenée à son idée fondamentale, elle se borne à proclamer que l'intéressé doit veiller en temps utile à son intérêt et qu'il ne peut se croiser les bras sur la foi de la protection du droit.

La même idée se représente en matière d'établissement de fossés, de bâtiments etc. en un mot d'ouvrages qui font corps avec le sol. La tolérance passagère de la part du voisin ne lui enlève point le droit d'intenter, pendant le délai de la prescription, l'action qui lui appartient, p. ex. l'*actio negatoria*, lorsque ces ouvrages contiennent une atteinte à sa sphère juridique. Mais à quoi tend cette action? Ce n'est point, comme on le lit trop souvent dans les traités, au rétablissement des lieux et à des dommages-intérêts. Pareille règle mènerait, dans ses conséquences, à des résultats réellement insupportables. Prenons un exemple : A bâtit, croyant de bonne foi en avoir le droit, tandis que B sait que ce droit n'appartient point à A; seulement il ne dit mot et laisse A achever paisiblement sa construction. Plus tard, celle-ci achevée, il intente l'*actio negatoria*, et demande que A, ou même son successeur (car l'*actio negatoria* se dirige contre le possesseur comme tel, sans distinguer s'il est ou non l'auteur) soit condamné à faire disparaître le bâtiment à ses frais. Quelles chicanes si l'*actio negatoria* tendait au *rétablissement* des lieux! Quelle incertitude dans les rapports du voisinage, si nul possesseur n'était à l'abri du danger de devoir faire disparaître à ses frais des choses établies plus de dix ans auparavant par son prédécesseur! Le sens si droit des Romains a reculé devant une pareille situation et le moyen d'y parer était encore d'appliquer l'idée qui fait

Digitized by Google

la base de la *cautio damni infecti*. Celui qui se sent lésé dans son droit par une construction pareille, doit parler *en temps opportun* c.-à-d. *au début* de la construction. S'il garde le silence parce qu'il ignore lui-même quel est son droit, comment pourrait-il, plus tard, venir faire un reproche à son adversaire de l'avoir ignoré comme lui? De toute façon, son silence ne lui a point fait perdre son droit, mais s'il y tient au point de vouloir le réaliser encore, il peut bien supporter aussi les frais que réclame cette réalisation et entreprendre lui-même le *restituere*. En mettant à ce prix cette réalisation tardive, le droit l'oblige à réclamer en temps utile et, s'il l'a négligé, à calculer avec soin si la revendication opiniâtre de son droit vaut bien le prix qu'elle coûte ou s'il ne serait pas plus avantageux pour lui de laisser demeurer, sans le changer, l'état des choses existant. La chicane et la prétention d'avoir toujours raison trouvent ainsi un contrepoids efficace dans l'intérêt personnel. Inutile de faire remarquer que cette idée, dont le développement n'a que faire ici, trouve son expression formelle dans les moyens de droit : *operis novi nunciatio* et *interdictum quod vi aut clam*.

L'esprit d'équité avec lequel le droit romain a réglé les droits du propriétaire vis à vis d'un état de choses existant, se retrouve dans les principes qu'il a établis au sujet du droit du voisin de repousser de son autorité privée les atteintes portées à sa sphère de propriété. On n'est pas éloigné de croire que la conséquence logique de la possession exige que l'on accorde ce droit au possesseur, tout au moins en tant que ces atteintes touchent son sol ou pénètrent dans son espace atmosphérique. Le droit romain, cependant, n'a point reconnu cette prétendue conséquence. Il me suffira, à cet égard, de renvoyer à la p. 108, note 4. Je ne puis entrer plus avant, ici, dans l'explication de ce point.

J'aborde maintenant le véritable sujet de ce travail, qui a pour but d'exposer dans quelle mesure le droit romain a

Digitized by Google

imposé des restrictions au propriétaire en faveur de ses voisins. Je ne m'occuperai en aucune façon de la *forme*, c.-à-d. des actions. Cette matière a été de tout temps suffisamment traitée, et pour le même motif j'estime qu'il n'est point nécessaire de dresser ici le catalogue des diverses restrictions de la propriété. Ce que j'ai eu réellement en vue a été plutôt de trouver l'idée législative au moyen de laquelle le droit romain a essayé de résoudre notre problème. J'emploierai dans ce but la méthode heuristique, c.-à-d. que mettant provisoirement de côté le droit romain, je traiterai la question comme si nous avions, nous-mêmes, à la décider législativement, en examinant dans leurs diverses directions tous les moyens, toutes les idées qui se présenteront, afin d'obtenir ainsi, par voie expérimentale, la solution désirée.

VI. Les divers points de vue possibles.

7. Notre question est de pur *droit civil;* pas n'est besoin de le remarquer. Si elle offre en même temps un côté *administratif*, si l'assistance de la police peut en beaucoup de cas donner aux intérêts dont il s'agit ici une aide toujours bien accueillie, cela n'empêche en aucune façon qu'il soit possible de traiter la matière à un point de vue strictement juridique.

On ne peut, à l'exemple de plusieurs auteurs (v. plus loin, notes 18, 24, 25), réduire la protection que réclame le propriétaire foncier à une simple question de police. Que la police ait donné ou refusé cette protection, le juge civil doit toujours pouvoir décider, à son point de vue, en s'inspirant exclusivement de principes juridiques, les difficultés qui s'élèvent entre voisins. Le droit romain n'exclut point les voies régulières du droit civil, même dans les cas où les empiètements dont le propriétaire croit pouvoir se plaindre partent d'un *locus publicus* ou d'un *flumen publi-*

Digitized by Google

cum (11), et c'est avec raison, bien que non sans opposition, que même dans le cas où il s'agit d'exhaussement ou de toute autre modification des voies publiques, la pratique actuelle accorde aux propriétaires riverains qui ont été mis dans la nécessité de changer les entrées de leurs fonds, maisons etc. une action en remboursement des frais qu'ils ont dû faire (12).

Appliquant maintenant la méthode heuristique que nous avons indiquée, nous partons du principe incontestable que pour interdire un acte au propriétaire, il ne suffit point que cet acte étende ses effets sur le fonds voisin, mais qu'il faut avant tout avoir égard à la nature de l'action exercée. Nous aurons donc à rechercher les circonstances qui sont déterminantes à ce point de vue et à examiner leur pertinence au point de vue législatif. Les actions exercées sur le fonds voisin peuvent se distinguer, soit *d'après la manière dont elles se produisent*: par des actes ou par des états de choses, avec ou sans intention, médiatement ou immédiatement, soit *d'après leur effet*: se font-elles ou non sentir au voisin, ne font-elles que molester sa personne ou influent-elles sur sa chose, lui causent-elles un dommage ou lui enlèvent-elles seulement un avantage etc. Examinons d'abord la première classe.

1. *Actes ou états de choses.*

8. Cette distinction n'a point d'importance pour notre question. Que les odeurs pestilentielles dont se plaint le voisin soient produites par un acte unique ou par un état de choses

(11) V. p. ex. L. 2 § 29 ne quid in loco publ. (43-8) et une foule d'autres textes du Liv. 43 des Pandectes, et des titres sur l'op. n. n. et l'interdit *quod vi aut clam.*

(12) Je ne m'étendrai pas plus longuement ici sur cette question. V. à égard *Zeitsch. f. civ. u. Pr.* Nouv. série XII, p. 106. *Archiv für prakt. R. W.* II., p. 300. SEUFFERT *Archiv* V. 23, 134, VII, 184.

Digitized by Google

p. ex. par la décomposition d'animaux morts; que ce soient des déversements excessifs d'eau ou l'établissement d'un réservoir qui endommage les murs de la maison voisine, cela est indifférent. Ce n'est pas le moyen par lequel le préjudice est causé au voisin, ni le caractère passager ou permanent de ce préjudice qui doit être pris en considération, mais uniquement ce préjudice même.

2. *Actes intentionnels ou non-intentionnels.*

9. Il est évident que l'on ne peut faire dépendre la solution de notre question de considérations purement *subjectives;* ce serait s'en remettre au hasard. Le caractère licite ou illicite des atteintes ne peut être apprécié que d'après un principe *objectif*. La question de savoir si notre distinction n'offre pas, néanmoins, un certain intérêt, dépend de la solution que l'on donne à la question connue de l'interdiction des chicanes entre voisins. Sans entrer plus avant, ici, dans l'examen de cette question, je ne veux pas omettre, cependant, de dire en quelques mots ce que j'en pense. J'estime que pareille interdiction ne s'appuie sur aucun texte, et ne saurait être organisée par voie législative. La faute que l'on commet en la formulant consiste à donner une expression *subjective* à une distinction *objective*. Les actes, les entreprises du propriétaire qui, dans leurs effets, se restreignent entièrement à sa sphère de propriété p. ex. la construction d'une maison ou d'un mur à l'intérieur de ses limites, sont toujours permis, quel que soit le préjudice qu'ils causent au voisin, p. ex. en lui enlevant la lumière et la vue, et en diminuant ainsi considérablement la valeur de son hôtellerie Peu importe que le propriétaire eût pu tout aussi bien bâtir à une autre place; peu importe qu'il n'ait choisi la place que dans la seule intention de nuire au voisin. Si ce dernier veut parer le coup, il n'a qu'à *acheter* le fonds voisin ou à se faire concéder une *servitude*.

Digitized by Google

Au contraire, les actes qui étendent leurs effets sur le fonds voisin, p. ex. la production de fumée, de puanteur etc. contiennent, rigoureusement parlant, une atteinte à la sphère juridique du voisin, et ils ne sont permis que pour autant que les besoins de la vie ordinaire les commandent. Si, donc, il s'agit d'actes qui réunissent ces conditions, le propriétaire ne doit point, à mon avis, rendre compte de l'intention dans aquelle il les a entrepris. Ils portent leur justification en eux-mêmes, et de même qu'une servitude reconnue *in abstracto*, comme *utilis*, ne doit point, dans chaque cas particulier, pouvoir invoquer une utilité déterminée, de même il ne faut point, pour ces actes, soulever d'abord *in concreto* la question de leur nécessité, que l'usage de la vie a déjà décidée *in abstracto*, et l'on ne peut contester au propriétaire le droit de les faire en alléguant qu'il les fait sans aucune utilité personnelle et uniquement pour chicaner son voisin. On peut, et on doit, avec la même raison, décider de même en matière d'exercice de servitudes. La *légalité extérieure*, *objective* de l'acte, rend le recours à *l'intention subjective* aussi superflu qu'inadmissible.

On peut opposer à ces actes ceux que l'on a spécialement en vue en interdisant la chicane. Ce sont ceux qui, comme les précédents, contiennent une atteinte indirecte à la sphère de propriété du voisin, mais qui ne sont commandés, de la part de leur auteur, par aucun intérêt raisonnable. Comme le motif qui les fait entreprendre ne peut se trouver régulièrement que dans une intention de chicane, on a cru devoir chercher la raison de leur caractère illicite dans ce motif, alors que celui-ci n'est qu'un élément concomittant et non l'élément essentiel. Il est vrai que si l'on part de cette considération que tous les actes que fait un propriétaire sur son fonds sont *permis*, peu importe que leurs effets s'étendent ou non jusque dans la sphère juridique du voisin, il ne reste plus qu'à voir dans l'interdiction de cette deuxième classe d'actes une singularité, une exception dont la seule explication est

Digitized by Google

le caractère répréhensible de la chicane. Mais si l'on part, avec moi, de cette considération que le propriétaire ne peut, dans ses actes, atteindre ni immédiatement ni médiatement la sphère de propriété du voisin et que ce n'est que par exception qu'une atteinte médiate lui est permise, au moyen d'actes qu'emporte avec elle l'utilisation ordinaire de la propriété du sol, alors la question change complètement de face. Ainsi, les actes dans lesquels ces conditions ne se rencontrent point seront considérés comme illicites, non point parce qu'ils procèdent d'une intention *subjectivement* répréhensible, mais parce qu'ils excèdent la mesure de ce qui est *objectivement* permis ; non point parce qu'ils seraient intolérables *in concreto* et hypothétiquement, mais parce qu'ils le sont *in abstracto* et absolument. En supposant, donc, que dans un cas particulier, il soit possible d'établir qu'un acte pareil a été fait, non par chicane, mais pour un autre motif quelconque à l'abri de toute critique, p. ex. en vue de recherches scientifiques, je ne l'en déclarerai pas moins illicite. Appliquant ceci au cas de chicane rapporté par WERENBERG p. 4, dans lequel un propriétaire, en produisant intentionnellement des gaz méphitiques dans sa fosse à fumier cherche à contraindre l'hôtelier, son voisin, à lui acheter son fonds, j'accorderai l'*act. negatoria* à l'hôtelier, non point parce qu'il s'agit d'un acte de pure chicane, mais parce que c'est pour ainsi dire un acte *extraordinaire,* qui n'est point commandé par un but raisonnable([15]), c'est-à-dire parce que l'on ne doit pas utiliser de cette façon une fosse à fumier et qu'on ne le fait pas d'ordinaire. La suite de ce travail jettera plus de lumière encore sur cette opinion. Je puis me contenter, pour le moment, de ce que je viens de dire.

Si nous avons ainsi réussi à repousser entièrement, pour la solution de notre question, les considérations *subjectives*, il sera facile d'énerver l'apparence d'argument que l'on

([15]) JUSTINIEN a appliqué la même considération dans sa Nov. 63, c. 1.

Digitized by Google

pourrait tirer de la L. 44 D. de injur. (47-10) (V. WERENBERG p. 55). On sait que l'existence de l'injure se détermine uniquement d'après l'*animus injuriandi*; peu importe le moyen par lequel se manifeste cet *animus*, et il se peut donc parfaitement que ce soit par un acte légitime dans la forme. Que celui qui a voulu injurier son voisin en crachant sur lui, ait craché sur son propre sol ou sur le sol du voisin, cela est complètement indifférent, et il faut, dès lors, en dire autant des actes qui, en soi, sont permis entre voisins; il se peut qu'ils ne servent que de moyens d'offenser l'honneur. La question d'injure n'a rien de commun avec notre question et je ne puis dès lors accorder la moindre importance pour notre matière à l'action d'injures. C'est en ce sens que Labéon, dans le texte ci-dessus, conteste l'applicabilité de cette action pour les empiètements entre voisins. « Ceux-ci, dit-il, ne « renferment point, *comme tels*, une injure » et cela est parfaitement exact. Mais il est tout aussi exact, qu'il *peut* s'y joindre une injure, comme l'ajoute Javolène (p. ex. si l'on vide des vases de nuit dans le jardin du voisin); dans ce cas l'*act. negatoria* et *l'act. injuriarum* concourent sans que l'une empiète le moins du monde sur la sphère d'application de l'autre et même sans qu'elles aient à se compléter ni à s'appuyer l'une l'autre.

3. *Atteintes immédiates ou médiates.*

10. J'entends par atteintes *immédiates* celles qui *commencent* leurs effets dans la sphère de propriété du voisin, et par atteintes *médiates* celles qui les y *continuent*, qui exercent donc leurs premiers effets sur le fonds du propriétaire. Celui qui verse de l'eau sur le fonds de B, fait porter entièrement l'effet de cet acte sur ce fonds; celui qui verse de l'eau sur son propre fonds, n'agit que médiatement sur le fonds de B, si cette eau y pénètre. En règle générale, cette distinction coïncidera avec celle des atteintes intention-

Digitized by Google

nelles ou non-intentionnelles, mais cela n'est pas essentiel.

Cette distinction s'applique non seulement aux actes des personnes, mais aussi aux états de choses, aux entreprises, aux travaux. Celui qui fait passer sa cheminée dans l'espace atmosphérique de son voisin, porte une atteinte immédiate à la sphère juridique de celui-ci ; celui qui établit un réservoir dont l'eau s'infiltre dans le fonds voisin y porte une atteinte médiate. On peut aussi, pour marquer la différence, citer comme exemples : *avoir* une chose, en tout ou en partie, sur le domaine du voisin ou bien avoir une chose entièrement sur son propre domaine, mais nuire au voisin par les *suites* de ce fait.

Il saute aux yeux que cette distinction est d'une importance extrême pour notre matière. Il ne peut être loisible à personne, sans servitude, d'utiliser le fonds du voisin pour des actes ou pour des états de choses établis, mais on ne peut obliger le propriétaire à s'abstenir absolument de toute action médiate sans entourer l'usage de sa propre chose des difficultés les plus insupportables et le rendre presque impossible. C'est à trouver ici la juste limite et la mesure exacte que se réduit, au fond, toute la difficulté de l'organisation législative du rapport de voisinage, car la décision à appliquer aux atteintes *directes* ne peut soulever aucun doute. La loi les a interdites en principe, tout en admettant quelques exceptions commandées par l'équité.

Nous ne nous y arrêterons pas longtemps, et pour commencer par les atteintes directes au moyen des choses que l'on *a*, il ne sera pas nécessaire de citer des textes pour démontrer que le droit romain défend de faire des travaux sur le sol du voisin. Il n'y a pas lieu de distinguer si c'est en entier ou seulement en partie que ces travaux y ont été établis ou empiètent sur son espace atmosphérique (saillies) toits, cheminées, gouttières, fenêtres s'ouvrant au dehors etc., ni si l'empiètement qu'ils contiennent existait dès le principe ou s'il ne s'est produit que postérieurement sans le fait du

Digitized by Google

propriétaire, p. ex. par l'inclinaison des branches d'arbres, le déversement des murs etc. ([14]). Il y a certains cas, on le sait, où le droit romain a admis une exception. Sur les fonds ruraux, dans les jardins etc., le voisin doit souffrir l'inclinaison des branches d'arbres à partir d'une hauteur de 15 pieds ([15]); en fait de bâtiments on maintient la rigueur du principe ([16]). Il doit également supporter les racines des arbres, pour autant qu'elles ne nuisent point aux fondations de ses bâtiments, murs, etc., et enfin la forjeture des murailles jusqu'à un demi-pied.

Inutile également d'invoquer des textes pour établir qu'en principe les atteintes directes au moyen d'actes sont aussi défendues. Ici encore, il y a quelques exceptions, p. ex. le droit pour le propriétaire d'aller récolter de jour à autre les fruits tombés sur le fonds voisin, le passage sur la limite séparative (*finis*), notamment pour le tour de charrue ([17]), la réparation des digues rompues (dans l'*actio aquae pluviae arcendae*) et les fouilles pratiquées en vue d'extraire des minéraux. Ce sont là des particularités qui

([14]) V. à titre d'exemples L. 2 de arb. caed (43-27). L. 1 Cod. de interd. (8-1). L. 17 p. de serv. (8-5). L. 6 § 2 arb. furt. (47-7).

([15]) Il faut cependant, à mon avis, combiner avec cette disposition la L. 13 fin. reg. (10-1) (dans laquelle je ne puis consentir à ne voir qu'un rapprochement tiré du droit grec) : *oleam aut ficum ab alieno ad novem pedes plantato, ceteras arbores ad pedes quinque;* ce n'est, à mon avis, qu'en la combinant avec cette disposition que la règle citée dans le texte trouve sa justification législative.

([16]) Bekker Jahrb. T. V. p. 169, croit qu'une légère inclinaisen ne devrait point être prise en considération. Mais on ne peut invoquer en matière d'atteintes *directes*, les considérations qui concernent les atteintes *indirectes*. On doit se tenir rigoureusement dans les limites du droit positif. En matière d'atteintes réelles au droit d'autrui, il n'y a point de bagatelles, et il ne s'agit point de l'intérêt de l'ayant droit.

([17]) V. sur ce point Rudorff *Die Schriften der R. Feldmesser* von Blume, Lachmann u. Rudorff, T. 2, p. 433*s*. Böcking *Pandekten des R. Privatrechts*, 2e édit. T. 1, app. p. 40*s*.

Digitized by Google

ont été assez longuement examinées par d'autres pour que je puisse me dispenser de m'en occuper.

En dehors de ces exceptions, il faut déclarer illicite tout acte direct d'empiètement, peu importe du reste que le voisin en souffre ou non, p. ex. le déversement d'eau sur son fonds, le jet d'ordures, de poussière, etc. Il ne s'agit point ici, comme pour les atteintes médiates (v. plus loin), de peser les *intérêts* réciproques mis en jeu par l'acte, ou le cas échéant par l'omission, mais d'obéir à la logique rigoureuse du principe de propriété, devant lequel s'efface toute question d'intérêt. Je ne m'occuperai plus, dans la suite, que des atteintes médiates.

4. *De l'*immissio *corporelle.*

11. On s'est souvent fondé sur la règle contenue dans la L. 8 § 5 si serv. (8-5) : *in suo hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem,* pour s'autoriser à trouver le principe suprême de notre matière dans la défense de l'*immissio* ([18]). Le propriétaire, dit-on, ne peut faire aucun acte qui aurait pour conséquence l'*immissio* de substances corporelles sur le fonds voisin. Dans bien des cas ce point de vue se trouve exact, mais ce n'est que par hasard. Il ne faudra pas de longues explications pour démontrer qu'il n'est point pratique et que la thèse énoncée en termes généraux par le juriste doit recevoir la restriction indiquée par le § 6 de la même loi.

La thèse de l'*immissio* va trop loin d'une part, et pas assez loin d'autre part. Elle va trop loin, car toute production de fumée contient pour le voisin une *immissio* ; les feuilles,

([18]) V. en ce sens SPANGENBERG (v. note 2) p. 271, qui admet au surplus la considération décisive pour notre matière que nous indiquerons nous mêmes (n° 13). Le texte suppose, dit-il, que ce qui fait l'objet de l'*immissio* est une chose corporelle, comme de l'eau, des débris de pierres, de la fumée; pour toutes autres atteintes on doit s'adresser à la police.

Digitized by Google

les fruits que les secousses imprimées à mon arbre font tomber dans le jardin du voisin, sont choses *corporelles* et objets d'une *immissio*. D'autre part, au contraire, cette thèse ne va pas assez loin. L'ébranlement du sol qui menace la sûreté de la maison voisine ne contient point une *immissio* substantielle; le tapage et le vacarme qui rendent l'habitation du voisinage impossible, la chaleur du haut-fourneau établi par le voisin à côté de ma maison n'en contiennent pas davantage. Restons même dans l'exemple de la fumée mentionné par le texte cité, l'interdiction de l'*immissio* ne peut nous servir de règle, car alors il faudrait interdire toute production de fumée, du moment que celle-ci est poussée dans l'espace atmosphérique du voisin. Il faudrait en dire autant, alors, de l'eau, à cause des mots *aquae esse immissionem*, et l'un des voisins pourrait se voir interdire par l'autre de verser de l'eau, lorsque celle-ci s'infiltre dans le fonds de ce dernier. Que dire de la production de mauvaises odeurs? S'il ne faut pas y voir une *immissio*, le droit privé ne donnera donc aucune protection contre les odeurs funestes à la santé? Mais si pour ménager cette protection on veut voir dans ce fait une *immissio*, il faudra dire la même chose de toutes les odeurs. Bref, la théorie de l'*immissio* apparaît comme insuffisante de toutes parts, et cela par le motif qu'elle ne saisit que ce qui est purement extérieur et non le principe qui seul peut, en dernière analyse, décider de ce qui est extérieur.

On ne gagne rien à restreindre la thèse ([19]) en se sens qu'il serait défendu de produire l'*immissio* au moyen d'appareils particuliers, que l'on ne pourrait pas, par la direction donnée à la cheminée, conduire la fumée dans l'espace atmosphérique du voisin. En effet, sans compter que l'*immittere* de la L. 8 § 5 si serv. (8-5) sur lequel on devrait appuyer cette opinion ne comporte point cette limitation, il est impossible

([19]) V. les auteurs cités par HOLZSCHUHER l. c. T. 2. chap. 2 § 1, n° 12 c.

Digitized by Google

de comprendre pourquoi le droit romain refuserait contre la fumée excessive produite dans une cheminée droite une protection que, d'après cette opinion, il accorderait contre la fumée, même ordinaire et non gênante, du moment que la direction de la cheminée est oblique.

Les décisions des juristes romains qui interdisent une *immissio* ne doivent donc pas être comprises comme des règles, mais seulement comme des corollaires d'une règle qu'il nous reste à rechercher et à laquelle nous essaierons, plus loin, de les subordonner.

Il résulte de ce qui précède que la manière dont se produisent les atteintes médiates ne fournit pas le moindre point de repère pour en déterminer les principes. Il faut donc s'attacher uniquement à leur caractère *intrinsèque*. A ce point de vue se rattachent de nouveau diverses considérations que nous allons examiner.

5. *Intérêt du voisin ; sa mesure objective.*

12. Le voisin, cela va sans dire, doit souffrir les atteintes indirectes qui ne lui causent aucun dommage, ni aucune gêne. Mais peut-on retourner la proposition ? Est-il autorisé à ne pas souffrir celles qui lui causent du dommage ou de la gêne ? Telle est la question que nous avons à résoudre.

Il faut distinguer si ces atteintes frappent la *chose* ou la *personne*. Mais avant d'examiner la question sous ces deux faces, il faut faire une observation générale au sujet de la mesure d'après laquelle il faut apprécier le caractère dommageable ou gênant d'un acte.

L'effet d'un acte pour le voisin se détermine en général d'après les circonstances concrètes préexistant dans sa personne ou sur sa chose. C'est ce que j'appellerai l'impressionabilité ou la *réceptivité personnelle* ou *réelle*. La fumée, la vapeur, le bruit, etc., qui sont simplement *gênants* pour l'un des voisins, seront franchement *nuisibles* à la santé d'un

Digitized by Google

autre, et un troisième, pourvu de sens et de nerfs plus solides, n'en éprouvera pas même un désagrément. L'établissement d'un haut-fourneau, qui préparera la destruction de la glacière du voisin, sera au contraire utile au même voisin, s'il a une serre ; l'ébranlement du sol qui menace la maison voisine d'un écroulement, ne causera pas le moindre dommage à la terre labourée avoisinante. Comment apprécier dans ces cas le caractère dommageable ou gênant? Faut-il se placer à un point de vue purement individuel ? Alors on devra interdire l'usage du marteau au forgeron, si, à côté de sa forge, vient demeurer une dame hystérique que les coups violents sur l'enclume font tomber en pâmoison ; on devra lui interdire de faire du feu dans sa forge, s'il vient s'établir à côté une blanchisserie qui aurait à souffrir de la fumée que le vent rabat; on devra forcer les voisins à se défaire de leurs abeilles lorsqu'une fabrique de sucre viendra s'établir à côté d'eux. Ce serait abandonner tout au hasard et donner à tout propriétaire le moyen d'empêcher ses voisins, par les choses ou par les industries qu'il établit, de se livrer aux actes les plus ordinaires de la vie.

Faudra-t-il donc considérer le dommage et la gêne d'une manière absolue ? Ce serait aller trop loin. Il est impossible de déterminer ces notions d'une manière absolue, car par leur nature même elles sont relatives. Ce ne sont point des propriétés de l'acte même, mais le résultat de son contact et de sa relation avec les choses extérieures, résultat qui dépend par conséquent de la *réceptivité* de ces choses. Il n'y a peut-être pas un seul acte, qui si dommageable et si insupportable qu'il soit en règle générale pour le voisinage, ne puisse perdre complètement ce caractère dans des circonstances données, p. ex. au sommet d'une haute montagne, dans les landes ou dans les entrailles de la terre.

Ces notions doivent donc *toujours* être déterminées d'une manière *relative;* seulement il s'agit de savoir dans quelle mesure il faut tenir compte de la receptivité réelle ou

Digitized by Google

personnelle de l'objet de l'action, et ici se présente une distinction que je tiens pour entièrement décisive.

Comme on le sait, le droit romain détermine l'utilité des servitudes prédiales en ayant égard non point aux besoins personnels, accidentels du détenteur actuel — un aveugle peut fort bien se faire concéder une *servitus ne prospectui officiatur* — mais à l'intérêt qu'il y a *régulièrement*, *ordinairement*, pour tout possesseur, à avoir cette servitude. Telle est la distinction qui va nous servir de base. On ne peut, en droit, tenir compte de l'impressionnabilité des personnes malades ou extraordinairement sensibles. Si elles ne peuvent supporter le voisinage d'une forge, elles peuvent faire ce que sans cela devrait faire le possesseur de la forge : se retirer dans la solitude. On ne peut pas davantage tenir compte en cette manière des intérêts et des besoins spéciaux d'établissements d'une nature particulière, tels que blanchisseries, glacières, hôpitaux, instituts scientifiques, etc (20). On ne peut chercher la raison de décider que dans ce qui est ordinaire et régulier (21). Ainsi, pour la question de l'action dommageable pour la personne, l'on doit prendre pour base la mesure de la réceptivité personnelle *commune;* pour la question du préjudice à la chose, l'on doit prendre pour base la manière *ordinaire* d'utiliser le sol. Considéré à ce point de vue *objectif*, le débat sur le caractère licite ou illicite des actes du voisin est soustrait au domaine de ce qui est purement individuel, accidentel et concret, et élevé à la hauteur de l'appréciation *abstraite*. La question se trouve ainsi extraordinairement simplifiée pour le juge et surtout la partie intéressée y gagne cet avantage inappréciable d'être dispensée de prouver le dommage ou la gêne concrète

(20) Les sources nous en offrent un exemple dans la *taberna casearia* de la L. 8 § 5 si serv. (8-5).

(21) L. 3, 6 de leg (1-3). L. 5 : *nam ad ea potius debet aptari jus, quae frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt.*

Digitized by Google

autant qu'on est dispensé de prouver l'utilité concrète en matière de servitudes prédiales, lorsque leur utilité abstraite est reconnue. Bien plus, je n'admettrais même point le défendeur à prouver que des atteintes, qui à ce point de vue devraient être considérées comme illicites, n'entraînent point, par suite de circonstances toutes spéciales relatives à la personne du demandeur, les désavantages qu'elles occasionnent d'ordinaire ailleurs.

Toutefois cette mesure objective n'exclut nullement l'obligation d'examiner la situation concrète du fonds voisin et de constater par exemple si c'est une maison ou une terre labourable. L'humidité excessive nuit à une maison et pour une terre elle est peut-être utile ; la poussière anormale produite par le nettoyage des plumes pour matelas peut rendre impossible la jouissance du jardin avoisinant, tandis que le champ labouré ne pourra qu'en profiter.

Le droit romain reconnaît ce point de vue; l'exemple suivant le prouve. Si les bains du voisin ou sa gouttière endommagent mon mur par l'humidité qu'ils y font pénétrer, j'ai une action de ce chef, d'après les L. 18, 19 pr. de S. P. U. (8-2). Songera-t-on à en dire autant de la citerne dont l'humidité pénètre dans mon champ? Non, et cela résulte du second texte qui accorde au propriétaire la faculté d'établir de pareilles installations *quamvis humorem capiat paries*, et qui ajoute seulement cette restriction : *si talis sit usus tepidarii, ut assiduum humorem habeat et id* NOCEAT *vicino, posse prohiberi eum*. Le droit de prohibition dépend du caractère *nuisible*, et celui-ci, à son tour, dépend de la nature de la chose.

Mais n'y a-t-il point là une contradiction avec l'opinion exprimée plus haut, qu'il ne s'agit point du dommage personnel? Je ne le pense point. En effet, le propriétaire de maison dont le voisin fait une excavation devra-t-il attendre que le dommage soit réellement causé, et se contenter, en attendant, de la *cautio damni infecti*? Dans beaucoup de cas, avant tout

Digitized by Google

dommage causé, le juge pourra apprécier le caractère dommageable de l'installation d'après la nature même de celle-ci, et il n'attendra point que le dommage existe pour protéger le voisin contre le danger. Dans tous les autres cas, il le renverra à la *cautio damni infecti*.

La L. 24 § 12 de damn. inf. (**39**-2) nous offre un autre exemple. On ne peut certes, en règle générale, m'empêcher de creuser sur mon fonds aussi profondément qu'il me plaît; je puis, pour exploiter une mine, établir des galeries, creuser des puits, etc., mais il m'est défendu de le faire tout contre la limite de la maison voisine et de façon à ce que cette maison menace de s'écrouler. Le voisin a l'action de la *cautio damni infecti*.

Donc, quelles que soient les atteintes indirectes entre voisins, qu'elles soient *dommageables* ou seulement *gênantes*, qu'elles s'attaquent à la chose ou aussi à la personne, il faut, pour en apprécier la gravité, avoir égard à la *réceptivité réelle ou personnelle ordinaire*. Avant de justifier cette règle au moyen des sources et de passer en revue les espèces particulières où elle a reçu application, il est nécessaire d'examiner la question, soulevée à l'instant, de la modalité des atteintes.

6. *Dommageabilité pour la chose ou pour la personne.*

13. Plusieurs passages des sources reconnaissent expressément([22]), et il va de soi, que les atteintes indirectes qui endommagent *la chose*, sont interdites. Mais il importe de préciser davantage. Il faut noter, d'abord, que la *chose* même doit être endommagée, et qu'il ne suffit point que sa *valeur* soit diminuée. Une hôtellerie peut diminuer de valeur lorsqu'à côté d'elle un forgeron ou un savonnier vient établir

([22]) L. 18, 19 de S. P. U. (**8**-2). L. 17 § 2 si serv. (**8**-5). L. 1 § 17 de aq. pl. (**39**-3). L. 24 § 12 de dam. inf. (**39**-2).

Digitized by Google

son industrie, mais la maison et le fonds n'en souffrent aucun dommage. Mais est-il nécessaire que ce soit le fonds ou, le cas échéant, les choses qui font corps avec lui p. ex. les arbres, les sources, etc. qui soient endommagées, ou ne suffit-il pas aussi d'un dommage causé aux choses qui se trouvent simplement dans ou sur le fonds ? Je ne vois point quelle différence il pourrait y avoir à ce que les vapeurs nuisibles, la fumée rabattue etc. causent du dommage aux arbres et aux plantes ou bien au linge étendu sur l'herbe([23]).

La L. 24 § 12 de dom. inf. (39-2) pose la question de savoir si le propriétaire qui en établissant une fontaine, coupe les veines d'eau du voisin, peut être attaqué au moyen de la *cautio damni infecti*. Le juriste répond négativement et reconnaît par cela même qu'il n'y a pas là un *damnum*. En présence des nombreux matériaux que WERENBERG a réunis, il serait absurde de vouloir ici entrer dans le détail des espèces. Aux cas qu'il rapporte est venu s'en joindre un nouveau dans ces derniers temps, celui de l'empoisonnement des sources avoisinantes par le creusement d'un puits établi à Francfort par une administration de chemins de fer (je crois), pour la conservation de certains résidus. Le tribunal de Francfort a condamné avec raison la partie défenderesse à s'abstenir de cette action dommageable.

Un autre cas dont les journaux ont beaucoup parlé s'est

([23]) Comme dans tout le cours de cette étude, je ne m'occupe point ici de l'action spéciale à intenter. La question de savoir si le propriétaire doit subir les atteintes répétées du voisin, ou s'il peut agir du chef du trouble causé à sa possession, par l'*interd. uti poss.* (L. 8 § 5 in f. si serv. 8-5) ou par l'*actio negatoria*, se représente, bien que sous une autre forme, lorsque du chef d'actes particuliers appartenant au passé, il intente l'*actio legis Aquiliae* ou l'action née de la *cautio damni infecti*. En effet, de quelque manière que l'on doive, au surplus, apprécier les conditions de l'*action en dommages-intérêts* qui concernent la personne du défendeur, la question préalable de savoir s'il avait ou non le droit de faire ces actes est, pour toutes ces actions, identiquement la même.

Digitized by Google

produit récemment à Francfort s/O. Une fabrique de sucre établie dans cette ville était victime d'un vol particulier, pratiqué par des abeilles. Les voisins faisaient venir de toutes parts des abeilles que, moyennant finances, ils prenaient pour ainsi dire en pension. Ces abeilles cherchaient leur nourriture dans la fabrique et causaient ainsi à celle-ci un dommage considérable. Le tribunal repoussa l'action qu'avaient intentée les possesseurs de la fabrique contre les voisins en suppression de leur industrie, et on ne peut nier que cette décision n'ait une certaine apparence de fondement. Pour ma part, j'aurais accueilli l'action, et voici pourquoi. Que mon voisin me cause du dommage personnellement ou par le moyen de ses oies, de ses poules, de ses pigeons, etc., cela est indifférent pour moi. En général, il est vrai, les abeilles ne causent point de dommage au voisin, mais cette espèce prouve que la chose est néanmoins possible. Seulement, faudra-t-il, pour cela, défendre aux propriétaires de tenir des abeilles? Certes non.

Je puis également verser de l'eau sur mon fonds, mais de là ne suit point que je puisse le faire avec excès et de manière à endommager le fonds voisin; je dois au contraire, rester dans les limites de ce qui est ordinaire, usuel. De même, à mon avis, le droit de garder des animaux qui cherchent leur nourriture sur les fonds voisins et contre lesquels je ne puis pas me protéger, tels que les pigeons et les abeilles, doit être réduit aux limites ordinaires et, en ce qui concerne les pigeons, beaucoup de lois particulières, comme on le sait, ont édicté des dispositions en ce sens, sans parler des dispositions légales sur la multiplication excessive du gibier. Je ne vois nullement pourquoi il n'en serait pas de même des abeilles. Il faut abandonner l'idée que le propriétaire peut faire sur son fonds tout ce qui lui plaît et que ce n'est que par considération pour le voisin qu'il doit subir certaines restrictions. Ainsi que je l'ai expliqué (p. 122), c'est le contraire qui est vrai. A proprement parler,

Digitized by Google

donc, je ne puis *point* garder d'abeilles, si je ne puis faire en sorte qu'elles ne volent point sur le fonds avoisinant, car je commets par leur moyen, une *atteinte* à la sphère juridique du voisin. Cette atteinte étant sans aucune importance, on a, dans l'usage ordinaire de la vie, considéré le fait de tenir des abeilles comme licite; mais il n'y a rien à conclure de là pour le cas où, par exception, l'exercice de ce droit acquiert de l'importance. Il en est de ceci comme de la fumée; de ce que l'on peut en produire *modérément*, il ne faut pas conclure que l'on peut en produire *immodérément*.

Les actes, installations, etc. qui comportent des effets *nuisibles* pour la santé du voisin sont défendus et on ne peut se borner à abandonner la décision de ces difficultés à la police([24]). Il n'est pas besoin de plus amples explications à ce sujet. Le droit romain le reconnaît en accordant (L. 3 § 29 ne quid in l. publ. **43**-8) *l'interdictum ne quid fiat in loco publico* du chef de l'empuantissement des endroits publics (*si odore solo locus pestilentiosus fiat*).

7. *Gêne pour la personne.*

14. Cette question est peut-être la plus délicate de toutes([25]). La notion du dommage, dira-t-on, peut se concevoir et

([24]) V. en ce sens PAGENSTECHER l. c. p. 120 : « Au contraire, il n'y a « point d'*actio negatoria* lorsqu'il s'agit uniquement d'impressions *désa-« gréables*, même *malsaines*, causées par l'industrie du voisin; le remède « appartient à la police. A part l'intervention de celle-ci, le propriétaire « peut produire les odeurs les plus mauvaises. Cependant, il ne faut point « qu'elles endommagent le bien du voisin, la croissance des plantes, la « santé des animaux ». D'après cela les animaux seraient placés sous la protection du *droit*, et les hommes seulement sous celle de la *police*. Mais le droit de la personnalité, la santé et la vie ne méritent-ils pas la même protection que la propriété ?

([25]) Plusieurs auteurs la renvoient à la police. V. p. ex. SEUFFERT *Prakt. Pandektenrecht* § 123 (4e édit. T. 1 p. 159, note 6) qui, par application du texte dont nous allons parler, ne fait exception que pour la fumée par trop

Digitized by Google

s'appliquer, mais comment opérer dans la pratique avec la notion si vague de ce qui est *gênant, importun, incommode?* A cette question je répondrai par celle ci : Mon voisin peut-il établir une écorcherie lorsqu'il prouve par des attestations médicales que les odeurs qui en proviennent ne sont pas *nuisibles* à la santé? Dois-je supporter la fumée excessive par le motif qu'elle ne me cause aucun *dommage* aux yeux? Répondre affirmativement c'est donner à mon voisin le moyen de me dégoûter de l'existence et de me mettre dans la nécessité de lui céder mon fonds pour un prix dérisoire.

Mais comment trouver la mesure? Il n'y a plus lieu de la chercher, car déjà le droit romain l'a donnée, et ce dans la L. 8 § 6 si serv. (8-5). Après avoir, dans le § précédent, parlé du cas d'*immissio* de fumée venant de la *taberna casearia* et déclaré la constitution d'une servitude nécessaire dans ce but, le juriste remarque que l'on ne peut pas agir en vue de : *licere fumum non* GRAVEM, *puto ex foco, in suo facere aut non licere.* Que veut dire *gravis?* Ce mot peut signifier *excessif*, mais aussi *gênant*, *incommode* et tel est notamment le sens qu'il a, ainsi que le montre tout dictionnaire, quand il est en relation avec *fumus*. Il est vrai que ces deux significations reviennent au même, car la fumée *incommode* n'est pas la fumée modérée, mais seulement la fumée *excessive*. L'idée qui a pu guider le juriste dans la décision des deux cas des § 5 et 6, peut avoir été celle-ci : seule la production de fumée *excessive*, et non la production *modérée* contient une *immissio*. Cette interprétation doit être écartée. D'abord elle contient une inexactitude, car du moment que la fumée a pris son chemin dans l'air, la quantité plus ou moins grande ne fait plus aucune différence.

Ensuite par cela même que le texte suppose une action du

incommode venant d'un bâtiment (?) d'autrui. SPANGENBERG également, n'accorde les voies civiles que lorsque les atteintes gênantes peuvent être considérées comme une *immissio corporelle*.

Digitized by Google

voisin fondée sur un *fumus non gravis*, il admet qu'il peut y avoir *immissio* même dans le cas de fumée modérée. L'idée du juriste peut également avoir été qu'il faut laisser dans le domaine de la liberté individuelle tout ce qu'emporte la vie ordinaire, même lorsqu'il en résulte des atteintes à la sphère de propriété du voisin (*fumum ex foco facere*), mais qu'il n'en va pas de même de ce qui fait partie de l'exercice d'une profession particulière (*taberna casearia*), parce que dans ce cas il faut recourir à la servitude.

Il y a là une distinction rationnelle ; c'est la même que j'ai indiquée plus haut (p. 129). On peut la justifier à un double point de vue.

Au point de vue du propriétaire, le droit doit être organisé de façon à rendre possible la vie habituelle et l'industrie ordinaire.

Au point de vue du voisin, les atteintes à la sphère juridique qui sont inhérentes à l'exercice de pareille industrie, n'excèdent point, en règle générale, la mesure de ce qui est supportable, et chacun doit les compenser avec celles qu'il fait lui-même. En revanche, le droit ne doit point avoir pour les besoins spéciaux de certaines professions, d'institutions spéciales ou de la vie plus raffinée, des égards tels que leur existence soit rendue possible aux dépens des voisins qui, ici, ne sont pas en position de compenser les avantages avec les désavantages. C'est ainsi p. ex. que le voisin ne doit point souffrir la chute des éclats de pierres qui viennent de la carrière voisine [26], car tout le monde n'a pas une carrière, ni les vapeurs d'eau du bain de son voisin [27], car la possession d'un bain excède les limites d'une existence bourgeoise ordinaire.

---

[26] L. 8 § 5 si serv. (8-5). Donc si la carrière ne peut être exploitée autrement, le propriétaire doit se faire constituer une servitude par le voisin. L. 3 § 2 de S. P. R. (8-3).

[27] L. 8 § 7 ibid.

Digitized by Google

Ainsi comprise, notre L. 8 § 5-6 donne, semble-t-il, un résultat de tous points satisfaisant, et il y a lieu de s'étonner de ce que, le principe ayant été posé par SPANGENBERG ([28]), la pratique ne lui ait point fait un accueil plus empressé, et de ce qu'elle se soit attachée parfois à des considérations qui, sans nuire à l'exactitude des solutions dans les cas particuliers, ne se ramènent cependant à aucune règle générale. C'est pourquoi il ne sera pas superflu de discuter ce principe d'une manière approfondie.

En ce qui concerne l'action de l'*humidité*, les textes font expressément dépendre le droit de prohibition du voisin du *caractère dommageable* ([29]); il doit supporter les atteintes non dommageables ([30]). Quant à l'action de la fumée, non seulement notre texte omet de mettre en avant cette condition, mais il substitue expressément celle de la *gêne* (*gravis*). Pourquoi ? La gêne frappe exclusivement la personne, le dommage frappe aussi la chose ; or, il est évident que l'eau qui s'infiltre dans le mur ou dans le sol ne peut devenir gênante pour la personne, sans *endommager* en même temps la chose, tandis qu'il en va différemment de la fumée lors même qu'elle est excessive. La fumée la plus intense ne peut causer aucun dommage à la *cour* du voisin, mais elle peut en désenchanter l'usage à sa *personne*, et même le lui rendre entièrement impossible.

D'après la L. 8 § 7, le propriétaire ne doit point souffrir les vapeurs d'eau qui se dégagent du bain chaud de son voisin. Faut-il suppléer ici la condition du caractère

([28]) Dans la dissertation citée note 2. Du reste, son opinion a été suivie par beaucoup d'autres. V. p. ex. VANGEROW *Lehrb. der Pand.* § 297 (6° édit. p. 625) et l'auteur qu'il cite : SINTENIS *Gem. Civilrecht* I § 47 (1° éd. p. 476). V. sur les opinions des autres HOLZSCHUHER l. c. chap. 2 § 1 n° 12*c*.

([29]) V. les L. 18-19 de S. P. U. (8-2) (note 22). L. 17 § 2 si serv. (8-5). La L. 57 Loc. (19-2) parle d'un rapport contractuel.

([30]) L. 19 pr. cit... *quamvis humorem capiat paries.*

Digitized by Google

dommageable? Le texte même ne l'indique d'aucune façon.

La *gêne*, il est vrai, est une notion très indéterminée, mais on peut la préciser, d'abord au moyen de ce que nous avons dit ci-dessus (n° 12), ensuite au moyen du principe que tout ce qui appartient à la vie ordinaire est permis et partant n'est point considéré comme *gênant*. La gêne commence là où cette dernière mesure est dépassée. Elle forme donc, pour ainsi dire, moins le *principe* législatif de notre théorie, qu'un *motif*, une considération d'après laquelle cette théorie a été législativement formulée. Ce qui le prouve, c'est qu'il est exceptionnellement permis de déranger le voisin (31), lorsque cela est inévitablement commandé par la vie ordinaire, et je citerai à titre d'exemple le curage des fosses d'aisance, la chute de pierres, tuiles, décombres, qui accompagne nécessairement la démolition ou la construction d'une maison, la production extraordinaire de fumée causée par l'usage de foyers russes, etc. Inutile de montrer combien il serait erroné de conclure de ce que ces faits sont permis sous cette restriction, qu'ils ne constituent point une gêne et que dès lors ils sont permis *d'une manière absolue*. Si la conclusion était juste, le propriétaire pourrait toujours faire tomber de la poussière, des décombres, des ordures sur le sol du voisin; le voisin de l'hôtelier, dans l'espèce rapportée par WERENBERG (p. 49) pourrait tous les jours produire la puanteur qu'occasionne la vidange des latrines, etc. La question de la gêne se réduit ainsi, au fond, à savoir ce qui, dans la vie ordinaire, est nécessaire et habituel. La plupart des questions qui peuvent se présenter ne doivent pas être résolues d'après un principe théorique; le principe, c'est que la solution dépend de ce que la pratique de la vie a *déjà* décidé. Cette considération permet de trancher maintes difficultés et notamment les deux suivantes :

(31) Et même d'après les législations particulières de porter directement atteinte à sa propriété. V. p. ex. le tour de charrue, le tour d'échelle.

Digitized by Google

Quelles précautions le propriétaire doit-il prendre pour restreindre autant que possible les atteintes à la sphère juridique du voisin? Sans parler des dispositions du droit positif relatives p. ex. à la distance à observer pour la construction des fours, des lieux d'aisance, des étables à porcs etc. ([32]), au mode de construction (matériaux, épaisseur des murs, occlusion des ouvertures, etc.) ([33]), nos bâtisses ont, en fait, pris la forme commandée par les rapports entre voisins et d'autre part, il s'est établi pour la manière d'exécuter certains actes gênants, des usages qui ont été fréquemment sanctionnés et protégés par des prescriptions de police, p. ex. en ce qui concerne le temps (vidanges pendant la nuit). Vient ensuite la question de la tolérance de certaines industries gênantes pour le voisinage ([34]). Le savonnier et le chaudronnier sont admis dans la communauté des hommes, l'équarisseur ne l'est point. Mais ceux-là ne sont pas reçus parce qu'on serait parti de l'idée que chacun peut, sur son terrain, produire sans se soucier du voisin, toute espèce d'odeurs et de bruits, mais parce que l'on n'a pas jugé la mesure dans laquelle ils le font assez gênante, assez insupportable pour les reléguer, comme en Orient, dans des rues ou dans des quartiers particuliers, ou comme l'équarisseur, aux confins des villes. Ici encore il serait complètement inexact de conclure de ce que je dois

([32]) P. ex. SACHSENSPIEGEL II 51. SACHS. WEICHBILD Art. 122. V. plus loin n° 15.

([33]) P. ex. en droit byzantin : HARMENOPULOS πρόχειρον νόμων Π. 4 n. 78 (reproduit par GLÜCK *Pandecten* T. 10 p. 134).

([34]) On a voulu, autrefois, protéger les professeurs et les élèves contre l'arrivée importune dans leur voisinage d'artisans exerçant une industrie bruyante, et on a puisé dans les derniers mots de la L. un. C. de lib. stud. (11-18) une défense à ces artisans de se loger dans le voisinage des savants, v. HOPFNER *Commentar zu den Institutionen* § 885. Cette interprétation plus que violente, émane des savants eux-mêmes; elle en témoigne ouvertement.

Digitized by Google

supporter comme voisin immédiat un savonnier ou un forgeron, que je doive supporter aussi, à la même distance une fabrique qui, produisant des odeurs insupportables ou un bruit excessif, rend le séjour impossible dans son voisinage immédiat. Les fabricants comme les équarisseurs doivent s'établir au loin. Mais que dire si la ville les rejoint ? Faudra-t-il démolir leurs usines ? Il faudra alors qu'ils prennent les mesures nécessaires pour écarter les effets préjudiciables. Ils acquerront des propriétaires voisins les servitudes nécessaires et les indemniseront des désavantages qu'ils leur occasionnent, ou bien ils achèteront les terrains qui se trouvent dans le cercle de leur action. S il a plu à quelqu'un d'établir à côté de mon champ une fabrique qui ébranle le sol au point de rendre impossible dans son voisinage l'existence d'une maison ordinaire, cela ne peut m'enlever le droit ni d'employer mon champ comme terrain à bâtir, si j'en ai envie, ni, en le vendant comme tel, de réaliser la valeur qu'il a acquise dans l'entretemps, par les circonstances.

En résumé, nul ne doit souffrir de la part de ses voisins des atteintes indirectes qui causent du *dommage* à la personne ou à la chose ou qui *gênent* la personne en excédant la mesure *ordinaire* de ce qui est supportable.

8. *Restrictions* in non faciendo.

15. Toutes les explications qui précèdent avaient pour objet de déterminer dans quelles limites le propriétaire doit souffrir les empiètements de la part de ses voisins, et cette question est de beaucoup la plus importante et la plus difficile de la théorie sur les rapports du voisinage. Dans la seule intention de compléter extérieurement la matière, j'ajoute ici cette autre question : Jusqu'à quel point le propriétaire doit-il s'*abstenir* d'actes de propriété qui se restreignent entièrement à sa sphère de propriété et ne contiennent, par conséquent, aucune atteinte, soit directe soit indirecte à

Digitized by Google

celle du voisin. Cependant je n'entrerai pas davantage dans l'examen de cette question qui a été traitée avant moi d'une manière pleinement satisfaisante et dont la valeur pratique est notablement amoindrie par cette circonstance, que la plupart des dispositions du droit romain ne peuvent plus trouver application de nos jours([35]).

Le droit romain a une série de dispositions isolées qui ont cela de commun qu'elles imposent au propriétaire, en considération de ses voisins, certaines restrictions dans la bâtisse, dans la plantation d'arbres, dans l'établissement de fossés, digues, etc., restrictions qui ont pour objet soit la distance du fonds voisin([36]), soit la hauteur de la bâtisse([37]), soit l'ouvrage en général. Ces prescriptions sont les unes absolues, les autres relatives. Quelques-unes défendent absoment les actes dont il s'agit, p. ex. la plantation d'arbres, l'établissement de fossés, de fontaines, immédiatement sur la lisière, sans distinguer s'il s'y trouve une maison ou non, d'autres ne les défendent que s'il s'y trouve une maison([38]), ou une habitation qui a vue sur la mer([39]) ou une aire à battre([40]), de sorte que relativement à cette dernière espèce, c'est la *prévention* qui décide. Celui qui le premier a établi l'aire à battre ou la maison passe avant, le *statu quo* décide. Le motif législatif de ces prescriptions est, d'une part la volonté de prévenir jusqu'à un certain point les atteintes indirectes à la sphère juridique du voisin, p. ex. les dispo-

([35]) V. notamment les dissertations citées à la note 12, de DIRKSEN et BEKKER l. c. ainsi que BÖCKING Pandekten l. c.

([36]) P. ex. fosses (BÖCKING p. 44-48), maisons (ib. p. 46), palissades, murs, fossés (p. 48) etc. Parmi les législations modernes v. le landrecht prussien (KOCH Lehrb. T. 1 § 237).

([37]) BÖCKING p. 46.

([38]) L. 11 pr. L. 14 de S. P. U. (8-2). L. 1 Cod. de serv. (3-34). L. 12 § 1 Cod. de aed. priv. (8-10).

([39]) L. 12 § 2 Cod. ibid. Nov. 63.

([40]) L. 14 § 1 Cod. de Serv. (3-34).

Digitized by Google

sitions sur la *distance* (bien entendu, sans que pour cela les atteintes qui se produisent quand même soient déclarées permises), et d'autre part le respect de l'état de choses existant dont le changement unilatéral est souvent une cause de trouble profond pour les rapports établis, grâce à lui, entre les fonds voisins. Examiner comment cette dernière considération a été réalisée dans les dispositions isolées du droit romain, notamment dans l'organisation du droit des eaux([41]), m'éloignerait trop du cercle de la matière que je me suis tracé ici pour me transporter dans des matières étrangères.

([41]) *Actio aquae pluviae arcendae — interd. ne quid fiat in flumine* — L. 7 C. de serv. (3-34). Cette considération fait également la base des prescriptions citées à la note 38, sur les constructions nouvelles qui enlèvent l'air et la lumière au voisin. L'idée a été reprise par mainte législation moderne, notamment en ce qui concerne l'enlèvement de la lumière par les bâtisses, ou l'enlèvement du vent nécessaire aux moulins, v. KOCH *Lehrb. des preuss. Rechts* T. 1 § 237 2 d. et 8.

Digitized by Google

VII. — De l'intérêt dans les contrats, et de la prétendue nécessité de la valeur patrimoniale des prestations obligatoires (1880).

SOMMAIRE.

CHAP. I. — *Considérations législatives.*

1. Origine de la théorie que toute obligation doit avoir une valeur patrimoniale.
2. Conséquences de cette théorie.
3 Ces conséquences avaient été aperçues et repoussées par les Romains.
4. Cette théorie ne supporte pas l'examen, même à son propre point de vue.
5. Ce point de vue est faux en lui-même.
6. Etendue du pouvoir du juge civil.

CHAP. II. — *État de la question en droit romain.*

§ 1. *Exécution forcée des prestations par la menace de peines et par des moyens de contrainte personnels.*

7. Actions arbitraires.
8. Cautions.
9. Pouvoirs du Préteur. — Exemples.
10. Il n'est pas vrai de dire qu'en droit romain les prestations de valeur pécuniaire pouvaient seules faire l'objet d'une action.

§ 2. *Emploi de la condamnation pécuniaire dans un but de satisfaction.*

11. Actions pénales.

CHAP. III. — *Intérêts non-économiques reconnus et protégés par le droit romain.*

12. Division.

SECTION 1. — *Intérêts dont le but réside dans la personne d'un tiers.*

13. 1. Affections de famille.
14. 2. Sentiments de piété de l'héritier envers le testateur.
15. 3. Sympathie et bienveillance envers des personnes complètement étrangères.
16. 4. Amour de la chose publique.

Digitized by Google

SECTION II. — *Intérêts dont le but réside dans notre propre personne.*
17. 1. Intérêts matériels.
18. 2. Intérêts idéaux.

SECTION III. — 19. *Conclusions.*

CHAP. IV. — *Réfutation des arguments tirés de textes en apparence contraires.*

20. L. 9 § 2 de statut. (40-7).
21. L. 95 de V. O. (45-1).
22. L. 7 de praesc. verb. (19-5).

CHAP. V. — *Limites positives de la protection de l'intérêt dans le droit actuel.*

23. Intérêts non protégés par le droit.
24. Des intérêts qui doivent être protégés.
25. Notion de l'intérêt.
26. Intérêt dans la vente.
27. 1. Location de maisons.
28. 2. Engagement de domestiques.
29. 3. Conventions qui ont pour objet l'entretien, le logement et la nourriture, les soins médicaux, l'éducation, l'enseignement, etc.
30. 4. Conventions qui ont pour objet des intérêts artistiques ou scientifiques.
31. 5. Conventions qui ont un but d'intérêt général.

CHAP. VI. — *De la nécessité d'un intérêt existant dans le chef du créancier.*

32. Division.

§ 1. *Peut-on par convention poursuivre des intérêts étrangers.*
33. On peut conclure des contrats dans l'intérêt d'autrui.

§ 2. *Les intérêts que l'on poursuit dans la conclusion d'un contrat peuvent-ils être d'utilité générale.*
34. Rien n'empêche de poursuivre dans les contrats des buts d'utilité générale.

Digitized by Google

CHAPITRE I.

Considérations législatives.

1. On a prétendu que toute obligation doit avoir une valeur patrimoniale. C'est une doctrine erronée que notre science doit à la découverte de GAIUS et spécialement au renseignement fourni par lui (IV. 48) que le juge romain devait faire porter la condamnation qu'il prononçait sur une somme d'argent. Les juristes de l'école que l'on appelle historique ont eu le grand mérite d'utiliser de la manière la plus féconde pour l'histoire du droit cette découverte faite à leur époque. Mais en toute impartialité on ne pourra s'empêcher de leur reprocher que, dans leur zèle pour l'histoire du droit, et dans leurs efforts pour utiliser le mieux possible les découvertes faites en cette matière, ils ont souvent traité les sources comme si elles ne faisaient point l'objet d'une application pratique, mais seulement de savantes recherches archéologiques, et qu'ils ont mis tout simplement de côté, comme erreurs scientifiques, des règles du droit appliquées depuis des siècles. C'est ce qui est arrivé par rapport à la question de la valeur patrimoniale des prestations obligatoires. Alors que jusqu'à cette époque notre pratique avait absolument ignoré la condition de la valeur pécuniaire de la prestation réclamée en justice, et ne faisait p. ex. aucune difficulté de donner une action en réalisation des fiançailles et de prononcer éventuellement

Digitized by Google

une satisfaction pécuniaire, alors qu'elle déclarait obligatoires les conventions portant que les enfants seraient élevés dans une religion déterminée et qu'en cas de lésions corporelles elle ouvrait une action en dommages-intérêts pour les souffrances endurées, le renseignement de GAIUS vint donner l'occasion d'introduire dans la jurisprudence pratique le dogme de la valeur pécuniaire des prestations, et un texte des Pandectes, la L. 9 § 2 de statut. (40-7), *ea* IN OBLIGATIONE CONSISTERE, QUAE PECUNIA LUI PRAESTARIQUE POSSUNT, dut servir à donner à ce dogme un point d'appui dans les sources(3).

Jusqu'à cette époque, aucun juriste, à ma connaissance, depuis les glossateurs jusque dans notre siècle n'avait découvert cette règle importante dans ce texte. Tous les interprètes avaient passé devant sans avoir le moindre soupçon de la règle éminemment fertile en conséquences qu'il aurait renfermée.

Dans la doctrine actuelle, il s'est déjà produit un revirement, un retour à la théorie de l'époque antérieure, et c'est surtout à WINDSCHEID (*Pandekten* II § 251, note 3)(4) que revient le mérite d'être entré en lice pour la soutenir.

2. Examinons où mène le dogme de la valeur pécuniaire.

Un garçon d'hôtel stipule, dans son contrat avec son

(3) SAVIGNY Obligat. I p. 9 note 6. PUCHTA *Pandekten* § 220 note 1. ARNDTS *Pandekten* § 202 note 3. KELLER *Pandekten* § 222. BRINZ *Pandekten* § 89-92-138. Avant eux, cette opinion était déjà soutenue sans qu'on se prévalût de ce texte par : GÖSCHEN *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht* II § 460, UNTERHOLZNER *Lehre von den Schuldverhältnissen* I § 103. Je crois pouvoir omettre l'indication des auteurs qui se sont ralliés plus tard à cette doctrine; je me borne à citer FR. MOMMSEN *Zur Lehre vom Interesse*, p. 122 s.

(4) Outre les auteurs cités par lui comme ayant professé cette opinion soit avant soit après lui. V. encore BARON *Pandekten* § 208. Quant à moi, je m'étais déjà, dans mes leçons, séparé de la théorie dominante avant l'apparition du cours de WINDSCHEID.

Digitized by Google

patron, qu'il sera libre les dimanches après midi. Cette convention est-elle valable? Non! La liberté du dimanche après midi n'a aucune valeur pécuniaire pour le garçon d'hôtel, car il compte le consacrer tout simplement au plaisir. Cette liberté, loin de lui rapporter de l'argent, lui en coûtera au contraire.

Un locataire stipule pour lui et pour ses enfants la jouissance du jardin dépendant de la maison. Cette convention peut-elle être poursuivie en justice? Non! Le jeu, la promenade n'ont pas de valeur pécuniaire.

Une dame malade, à cause de son état de santé et pour n'avoir pas de trouble dans sa maison, a laissé de louer des chambres vacantes; elle se décide, enfin, après de longues sollicitations, à les donner à un locataire qui lui a promis les plus grands ménagements et s'est, en particulier, engagé à ne pas faire de musique. On découvre après coup que c'est un professeur de piano qui donne, pendant toute la journée, des leçons dans sa chambre et emploie les heures de la nuit à s'exercer lui-même. Doit-il respecter le contrat? Non! La santé et le repos de la nuit n'ont point de valeur pécuniaire.

Ainsi le patrimoine est le seul bien que le droit civil ait à protéger? Tous les autres biens sont choses sans valeur dont le juge n'a point à s'inquiéter; le juge ne connaît que les intérêts de la bourse — là où cesse la bourse, là aussi, pour lui, cesse le droit.

Admettons un instant ce point de vue, mais allons jusqu'au bout de ses conséquences. Supposons que le garçon d'hôtel se soit engagé à rester à la maison les dimanches après midi. Plus tard il le regrette et convient avec son patron que celui-ci lui laissera ses dimanches après midi libres, moyennant une indemnité suffisante pour lui donner un remplaçant. Le dimanche après midi n'a-t-il pas de valeur pour le garçon d'hôtel? Il paie pour l'avoir. Le locataire, dans le cas ci-dessus, doit payer pour l'habitation 1000 fr.,

Digitized by Google

pour le jardin 100 fr. — Le jardin n'a-t-il pas de valeur pécuniaire pour lui ? La dame malade du cas ci-dessus, eu égard à la restriction qu'elle impose au locataire, lui laisse pour 40 fr. des chambres qui ont une valeur locative de 50, a-t-elle son repos pour rien ? Toutes ces personnes *paient* le bien qu'elles veulent avoir, et d'après les principes même les plus rigoureux du droit, elles ont en cas d'inexécution de la part de l'autre partie le droit de se faire restituer ce qu'elles ont donné (*condictio ob causam datorum*). Sans doute le fait que de pareilles concessions contractuelles soient payées en argent n'apparaît pas toujours d'une manière aussi claire et aussi nette que dans les espèces citées. Régulièrement, la convention est conclue en bloc sans que tous les points particuliers soient évalués en argent, mais ils n'en exercent pas moins leur influence comme facteurs isolés de la somme globale convenue; ils font partie de celle-ci et y pèsent de leur poids sans qu'on les aperçoive comme tels. Le locataire, comme l'acheteur de la maison, évalue en argent le jardin, bien que pour les deux ensemble il n'ait été convenu qu'un prix unique; tous deux *paient* le jardin. Il en est de même du garçon d'hôtel dans le cas ci-dessus, car lorsqu'il se réserve la liberté des dimanches après midi, il obtient un salaire moins élevé que lorsqu'il y renonce.

3. Ce point de vue important de la rémunération *effective*, quoique non directement *apparente*, des prestations conventionnelles, que je ne me souviens pas avoir rencontré, à l'occasion de notre question, chez un seul de nos juristes modernes, n'avait point échappé à l'attention des juristes romains. Sabinus déjà, au commencement de l'ère impériale, l'avait fait valoir et Papinien qui, comme il l'avoue lui-même, l'avait précédemment perdu de vue, n'hésite pas, en le reconnaissant, à abandonner une opinion antérieure; de là l'observation mélancolique de Cujas (Observ. II, 27) que cet exemple devrait bien être imité par les juristes modernes. Dans la L. 6 § 1 de serv. exp. (18-7), Papinien

Digitized by Google

soulève la question de savoir si le vendeur d'un esclave peut agir contre l'acheteur qui aurait manqué à l'engagement pris de traiter l'esclave avec rigueur et dureté (*propter poenam homini irrogatam*), et il rapporte que précédemment il avait répondu négativement par le motif que :

viro bono non convenire credere, venditoris INTERESSE *quod animo* SAEVIENTIS *satisfactum non esset,*

mais il ajoute :

sed in contrarium me vocat Sabini sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam HOC MINORIS HOMO VENISSE VIDEATUR.

Le point de vue énoncé ci-dessus est exprimé ici avec toute la netteté désirable et l'on ne peut guère comprendre comment les nombreux exégètes qui se sont arrêtés à ce texte et en ont fait l'objet de considérations édifiantes sur l'exemple d'amour de la vérité donné par PAPINIEN, ont pu laisser échapper une décision d'une importance aussi capitale au point de vue dogmatique. La théorie de la valeur pécuniaire des prestations obligatoires en aurait pris une toute autre physionomie. Si les charges de nature *pécuniaire* diminuent la valeur de l'objet vendu et font descendre d'autant le prix de vente

L. 24 de her. vend. (18·4)

..quia ideo et minus hereditas venierit, ut id legatum praestaret emtor,

il en est de même des charges de nature *non pécuniaire* qui pèsent sur l'acheteur. Un exemple concret nous est fourni par la L. 10 de serv. exp. (18-7), où quelqu'un vend deux esclaves avec la restriction : *ne alterius servitutem quam Seji peterentur,* donc une restriction qui n'avait pas la moindre *valeur patrimoniale* pour le vendeur, mais qui avait été ajoutée par pure *bienveillance personnelle* pour l'esclave; toutefois cette bienveillance, comme l'ajoute le juriste, lui avait coûté de l'argent : MINORATO PRETIO VENDIDIT. JAVOLENUS, dans la L. 79 de cont. emt. (18-1), traite

Digitized by Google

un cas quelque peu différent (vente avec réserve de bail) et remarque que LABEON et TREBATIUS avaient voulu refuser l'*act. venditi* en accomplissement de la clause accessoire, mais qu'il était, lui, d'un autre avis :

Ego, contra puto, SI MODO *ideo* VILIUS *fundum vendidisti, ut haec tibi conductio praestaretur, nam hoc* IPSUM PRETIUM FUNDI VIDERETUR, *quod* EO PACTO *venditus fuerat, eoque jure utimur.*

Ainsi, c'est dans la *diminution* du prix de vente que gît l'équivalent pécuniaire de la *convention accessoire.* La condition ajoutée par JAVOLENUS (*si modo vilius vendidisti*) a pris, chez PAPINIEN, la forme d'un *motif :* (QUONIAM *hoc minoris homo venisse videatur*). Et c'est assurément avec raison. En effet, la somme à laquelle la partie a évalué la restriction n'est presque jamais indiquée dans le contrat même et l'obligation d'en faire la preuve rendrait le plus souvent la réclamation illusoire.

4. Si ce qu'enseigne PAPINIEN est exact — et la connaissance la plus superficielle de la vie suffit pour s'en convaincre — de quel droit le juge débouterait-il le demandeur qui réclame l'exécution des prestations convenues, lorsque celles-ci n'ont point une valeur patrimoniale, dans le sens du dogme dominant? Le demandeur lui répondra : Pour *moi,* elles ont une valeur patrimoniale; la meilleure preuve en est que je les ai *payées.* Et ce n'est pas pour moi seulement qu'elles ont une valeur, mais pour tous ceux qui se trouvent dans les mêmes conditions patrimoniales que moi. Voyez la vie; il y a des centaines, des milliers de gens qui font comme moi et qui paient ces prestations; à eux aussi s'applique la règle que le droit romain établit pour l'évaluation de la chose :

L. 33 pr. ad leg. Aq. (9-2) *non affectiones aestimandas esse... pretia rerum non ex affectione, nec utilitate* SINGULORUM *sed* COMMUNITER *fungi.*

Il ne s'agit pas ici de caprices isolés d'un individu, mais

Digitized by Google

de biens d'une valeur générale. A quoi sert l'argent à celui qui en possède? Est-ce uniquement à satisfaire aux nécessités de la vie? L'agrément et la distraction, la santé, l'instruction n'ont-ils pas aussi leurs droits? Lorsque, dans la position où je me trouve, je crois devoir consacrer mon argent à ces buts, lorsque je le sacrifie pour m'assurer l'agrément d'un jardin, le repos dans ma maison, quelques heures de liberté pour me distraire, lorsque pour une maison bien organisée ou pour un logement jouissant d'une belle vue, je paie le double de ce que j'aurais dû payer autrement, irez-vous mesurer la valeur de ces biens à l'aune du pauvre qui ne peut les payer? Prenez alors la même mesure pour base dans l'estimation d'un tableau, d'un cheval précieux, etc. et déclarez que le prix que paient pour les avoir l'amateur et le connaisseur, est un prix insensé, une simple *valeur* d'affection, dont vous n'avez pas à vous occuper. Ce que vous accordez à l'acheteur, vous ne pouvez le refuser au locataire; si vous protégez les milliers de francs que le premier a payés pour la *propriété* du jardin, protégez aussi les cent francs que le second a payés pour la *jouissance* du jardin, c.-à-d. pour se procurer un agrément personnel. Si vous croyez ne devoir lui donner aucun dédommagement pour le trouble ou la perte de la jouissance du jardin, pour l'enlèvement de sa belle perspective ou pour l'omission de la décoration convenue de la maison, parce qu'il ne s'agit pas dans tout cela de valeur pécuniaire, mais de pur agrément, vous lui enlevez l'argent qu'il a payé pour cela. — Vous lui faites tort non seulement dans ses *goûts*, mais dans son *patrimoine*. Irez-vous jusqu'à dire : le patrimoine ne doit pas être appliqué à l'agrément; je ne protège pas celui qui a voulu l'y faire servir? Alors, vous déclarez la guerre à notre droit tout entier. Notre droit ne distingue point si j'ai acheté du champagne ou de l'huile, un tableau ou une chaise; il me laisse libre d'employer mon argent même pour mon plaisir, et si je suis protégé lorsque j'ai *acheté* un jardin, je voudrais bien

Digitized by Google

savoir pourquoi je ne le serais point lorsque je l'ai simplement *loué*, et que je réclame une réparation pour le plaisir perdu par suite de l'enlèvement ou du trouble de la jouissance de ce jardin.

Nous arrivons ainsi, même en empruntant à la théorie de la valeur patrimoniale des prestations obligatoires son propre point de vue, à ce résultat que le juge doit *protéger* les intérêts et les biens auxquels cette théorie croit devoir refuser une valeur patrimoniale. L'erreur néfaste qu'elle commet en appliquant ce point de vue, consiste en ce qu'elle le restreint, pour le dire en abrégé, à la *production* patrimoniale et perd de vue la *consommation* patrimoniale. Pour l'hôtelier, la belle perspective qui fait venir à son hôtel, est un moyen de *production* patrimoniale ; si, par des bâtisses, on la lui fait perdre, la théorie lui accorde réparation, parce que par ce fait il *perd* de l'argent dans ses affaires. Pour le particulier, la belle perspective est uniquement un objet de *consommation* patrimoniale ; si on l'en prive par des bâtisses, il n'obtient aucune réparation d'après cette théorie, car il ne perd que de l'agrément. Mais lui aussi perd en réalité de l'argent, à savoir l'argent qu'il a payé pour la maison à raison de cette belle perspective.

Cette théorie ne soutient donc pas l'examen même à son propre point de vue ; elle est affectée d'une contradiction interne : elle veut protéger le *patrimoine* et le laisse sans protection partout où il a dépouillé sa forme saisissable pour se convertir en d'autres biens (idéaux) tels que le plaisir, la santé, le loisir, etc.

5. Mais le point de vue tout entier de cette théorie est faux en lui-même. Il n'est pas vrai que le patrimoine constitue le seul bien que le droit ait à protéger comme objet du contrat et que tous les autres biens ne puissent arriver à partager cette protection que par la voie indiquée, c.-à-d. en la faisant dériver du patrimoine. Ces biens ont le même droit que le patrimoine de se présenter devant le juge pour être

Digitized by Google

protégés pour eux-mêmes; eux aussi sont indispensables à la vie d'un peuple civilisé, et du moment que le *contrat*, c.-à-d. le principe de l'organisation autonomique individuelle de la vie, est admis par rapport au *patrimoine*, on ne voit pas pourquoi il le serait moins pour ces autres biens. La police et la justice criminelle ne protègent pas seulement le patrimoine; elles étendent leur main tutélaire sur tous les biens sans lesquels la vie civile est impossible. Le juge civil peut-il agir autrement? On n'aperçoit aucun motif intrinsèque de différence. La liste des biens dont le droit confie la protection à la police et au juge criminel, doit aussi valoir pour le juge civil. Que le droit à ces biens ait son fondement dans la loi ou dans la convention, qu'importe au point de vue de la question de savoir s'ils sont dignes de protection?

Mais, objectera-t-on, la police et le juge criminel ont d'autres moyens de protection que le juge civil; ils *peuvent* protéger les biens non-patrimoniaux; le juge civil ne le *peut point*. C'est là le siège de toute l'erreur. La protection du juge civil viendrait prétendument à manquer parce qu'il n'a pas à sa disposition le glaive et la prison, mais seulement la condamnation pécuniaire, et qu'au moyen de celle-ci, à ce qu'il paraît, il ne peut protéger que les biens qui se laissent ramener à de l'argent. Si, dira-t-on, l'on accorde au juge civil les armes de la police et du juge criminel, il sera en mesure de protéger aussi les biens qui ne trouvent pas leur équivalent dans de l'argent; toute la question dépend de cette extension de pouvoir.

Je réponds : que le juge civil fasse une *saine* application de la condamnation pécuniaire et il trouvera que dans la plupart des cas elle est pleinement suffisante.

6. Le pouvoir donné au juge de condamner à de l'argent ne se restreint, en effet, nullement à la fonction que la théorie critiquée a exclusivement en vue — je l'appelle la fonction d'*équivalence* — c.-à-d. à la détermination de la valeur pécuniaire de la prestation. A cette fonction s'en joignent

Digitized by Google

encore deux autres que je désignerai comme *fonction pénale* et *fonction satisfactoire*.

Par *fonction pénale* je n'entends point l'*adjudication* au demandeur d'une peine privée, qui était le but des actions pénales romaines, mais la *menace* d'une peine comme moyen de pression pour le cas d'inexécution de l'ordre du juge, donc dans le langage romain, la menace d'une *multa* par opposition à la *poena*. Le juge qui par l'emploi de cette menace n'atteint point le résultat désiré doit se reprocher à lui-même de ne pas avoir employé avec assez d'énergie le moyen mis à sa disposition. Si 10 francs ne suffisent pas, qu'il en commine 100, 1000, 10,000 ou davantage. Le moyen ne cesse d'être efficace qu'à l'égard de ceux qui sont absolument pauvres. Mais je n'ai pas à rechercher ici quels autres pouvoirs l'état doit mettre à la disposition du juge; je veux seulement montrer ce que le juge peut faire au moyen de l'argent seul, pourvu qu'il en fasse un emploi judicieux, pour protéger efficacement les *biens non-économiques*.

La seule menace d'une peine pécuniaire ne suffit point pour sauvegarder les intérêts de l'ayant droit qui réclame l'exécution du contrat. La mesure n'agit que dans l'avenir et la peine comminée et encourue, ne coule pas dans sa poche mais dans la caisse du fisc; elle n'est point une *poena* cu une amende, mais une *multa* ou un pari. Il suffira que le défendeur traîne le procès en longueur sous une foule de prétextes, et avant même que le juge en arrive à comminer la peine, elle sera peut-être déjà devenue sans objet (p. ex. dans tous les cas de la p. 149) et le demandeur se verra frustré de son bon droit.

Aussi faut-il, comme complément, que le juge ait la faculté de se servir de l'argent non seulement pour l'*avenir*, mais aussi pour le *passé* c.-à-d. de condamner le défendeur à payer une indemnité au demandeur du chef de la lésion définitive de son droit. La *satisfaction* destinée à garantir contre la

Digitized by Google

rupture *consommée* du contrat est tout aussi indispensable à la force juridique des conventions que la menace d'une *peine* dans le but d'empêcher la rupture *imminente* du contrat. Refuser ce pouvoir au juge, c'est le condamner à l'impuissance, et laisser sans protection le droit du demandeur.

Mais quelle mesure possède le juge pour évaluer en argent la valeur d'une lésion juridique qui avait pour objet non la *chose*, mais la *personne?* Je réponds : quelle mesure a-t-il pour *comminer une peine?* Etablira-t-il 10, 20, 30, 100 francs? Mettons dans cette position un théoricien à scrupules, un logicien qui ne fait rien sans raison coercitive ; il ne parviendra jamais à une décision, car qu'est-ce qui le force à fixer précisément 30 francs, pourquoi pas 40 ou 50, 60, ou seulement 20, ou même 10? Ce serait la position de l'âne de Buridan entre deux bottes de foin absolument égales. En réalité aucun âne n'est encore mort de faim dans cette situation; il n'y a que l'âne de la théorie qui puisse faire ce tour de force, car il ne souffre pas de la faim. Il en est de même du juge. Le caractère sérieux de sa mission, la responsabilité de sa position le garantissent contre ces vains scrupules de dialectique; et plus il est pénétré du sentiment de son devoir, moins il hésitera à mesurer les peines, pour ces violations frivoles d'obligations assumées, si haut que non seulement il donne pleine satisfaction au sentiment juridique lésé du demandeur mais encore que l'exemple donné exerce, même pour d'autres, un salutaire effet d'intimidation.

Je n'examinerai point si la jurisprudence des tribunaux allemands s'est toujours acquittée de cette tâche dans toute sa plénitude. En tous cas, la jurisprudence d'autres pays, p. ex. de la France et de la Belgique, montre que l'absence d'une mesure fixe des violations du droit, d'un tarif des ruptures de contrat, n'empêche point d'employer la fonction pénale et satisfactoire de l'argent de telle manière que les intérêts de nature non-patrimoniale trouvent également la protection qui leur revient et que la loyauté et la bonne foi

Digitized by Google

dans les rapports obligatoires ne restent point de vains mots.

Les explications qui suivent prouveront que les Romains ont fort bien connu les trois fonctions de l'argent que nous avons distinguées : *la fonction d'équivalence*, *la fonction pénale, et la fonction satisfactoire*, et qu'ils n'ont fait aucune difficulté de mettre en application la seconde et la troisième de la manière la plus large et la plus énergique.

CHAPITRE II.

État de la question en droit romain.

§ 1. *Exécution forcée des prestations par la menace de peines pécuniaires et par des moyens de contrainte personnels.*

7. Je passe sous silence la fonction d'équivalence de l'argent, elle est universellement connue, et j'aborde immédiatement la fonction *pénale*. Elle exige moins la preuve que le rappel de choses connues de tous.

Il y avait à Rome toute une catégorie d'actions (celles qui tendaient à *exhibere* et *restituere*) dans lesquelles le juge romain recevait pour mission du magistrat qui le nommait, d'imposer tout d'abord au défendeur la prestation réelle (*arbitrium*) et de ne le condamner à de l'argent que s'il ne se conformait point à cet ordre, mais alors de le condamner, en punition de sa désobéissance (*contumacia*) au montant de l'estimation faite par le demandeur sous la foi du serment (*juramentum in litem*). Du moment que l'action était reconnue fondée, le demandeur était constitué arbitre en sa propre cause (*arbiter litis aestimandae*), et en cette qualité assermenté comme tout juge ou arbitre. Il s'agissait non point de fixer la *valeur pécuniaire* de la prestation, mais de déterminer la *somme satisfactoire* à payer par le défendeur qui de mau-

Digitized by Google

vaise foi avait refusé la prestation ou l'avait rendue impossible. Ce n'était pas l'intérêt matériel, mais l'intérêt idéal de la lésion frivole du droit qui devait trouver réparation.

L. 1 de in lit. jur. (12-3)... *ex* CONTUMACIA *aestimatur ultra rei pretium.*

L. 8 ibid... *non est aequum, pretio* (*id est quanti res est*) *litem aestimari, cum et contumacia* PUNIENDA *sit.*

8. On se représenterait, à mon avis, d'une façon tout à fait inexacte, la position du juge romain, si l'on voulait admettre que dans des actions qui n'appartenaient point à la catégorie de celles que nous venons d'indiquer, le juge n'eût pas pu faire des remontrances au défendeur qui refusait obstinément d'effectuer la prestation promise (par exemple de livrer la chose vendue ou de faire avoir la maison louée) alors qu'il était en état de le faire. Ce serait une erreur de croire que le juge ne pût pas exercer une pression sur le débiteur, en le menaçant d'avance d'une condamnation si élevée qu'il dût lui paraître désavantageux de persister plus longtemps dans son refus. En ce qui concerne l'ordre donné en justice de s'abstenir à l'avenir de certains actes, par exemple d'exercer une servitude abjugée, le juge pouvait incontestablement comminer une peine, sauf qu'ici, on se servait, dans la procédure romaine, d'une promesse de peine faite au demandeur (*cautio*), d'une peine conventionnelle fixée et imposée par le juge au défendeur.

9. Outre le *judex*, il y avait, à Rome, le magistrat (Préteur), et si l'on veut se représenter l'organisation romaine du pouvoir de contrainte judiciaire (le mot *judiciaire* pris dans son sens actuel), il ne faut pas perdre de vue la participation importante du magistrat à ce pouvoir. Pour assurer l'administration de la justice, le magistrat disposait des moyens de contrainte qui étaient attachés au pouvoir du magistrat en général et parmi ces moyens figurait la menace d'une peine pécuniaire : d'une *multa* pour le récalcitrant.

Peu importe que les Romains parlent ou non d'une *obliga-*

Digitized by Google

tio, dans les cas où, l'action étant supposée non contestée, le magistrat contraignait en vertu de son office, le défendeur récalcitrant à effectuer la prestation. Le magistrat prêtait la main pour contraindre le débiteur à faire les *prestations dues*; c'est cela, et non le mot *obligatio* qui, pour nous, est le point essentiel.

C'est ainsi, p.-ex. qu'il imposait l'affranchissement de l'esclave, ordonné par testament (*fideicommissaria libertas*), et même l'achat préalable d'un esclave étranger en vue de cet affranchissement. L. 6, 12, 13, 15, 24 § 12 etc. de fideic. lib. (**40**-5).

Il imposait l'émancipation des enfants du légataire ordonnée dans le testament, L. 92 de cond. (**35**-1)... COGENDUM *emancipare, neque enim debet circumveniri testantium voluntas* PAUL. Sent. Rec. IV. 13 § 1 (droit antérieur. L. 114 § 8 de leg. I. 30).

Il veillait à l'observation des dispositions testamentaires du père relativement à ses enfants, L. 7 in f. de ann. leg. (**33**-1).. *interventu judicis haec omnia debent.. ad effectum perduci,* relativement à ses funérailles, L. 14 § 2 de relig. (**11**-7). *Si cui funeris sui curam testator mandaverit et ille accepta pecunia non duxerit.. extra ordinem eum a Praetore* COMPELLENDUM *funus ducere*, relativement à la construction d'un monument, L. 50 § 1 de her. pet. (**5**-3)... *principali vel pontificali autoritate* COMPELLUNTUR *ad obsequium supremae voluntatis.*

Il surveillait l'observation périodique des cérémonies religieuses d'usage de la part de l'esclave affranchi avec cette charge. L. 44 de man. test. (**40**-4).. *officio tamen judicis eos esse* COMPELLENDOS *testatricis jussioni parere* (L. 71 § 2 de cond. **35**-1).

Le père qui, sans raisons, refuse de consentir au mariage de ses enfants ou de doter sa fille, y est contraint par l'autorité. L. 19 de R. N. (**23**-2).. *per proconsules praesidesque provinciarum* COGUNTUR,

Digitized by Google

Les témoins testamentaires sont contraints de reconnaître leurs sceaux. L. 4 Test. quemadm. aper. (**29**-3).. *praetoris id officium est ut* COGAT *signatores convenire et sigilla sua recognoscere.*

Le détenteur du testament est contraint d'en donner communication et d'en laisser prendre copie. L. 2 § 8 ibid... *omni modo ad hoc* COMPELLETUR.

L'arbitre choisi, avec son consentement, par les parties, est contraint de se livrer à l'instruction de la cause et de rendre sa sentence. L. 3 § 1 de rec. qui arb. (**4**-8).. *ubi semel quis in se receperit arbitrium, ad curam et sollicitudinem suam hanc rem pertinere praetor putat,* L. 32 § 12 ibid. *Multa adversus eum dicenda est.*

Le mari est contraint de se charger de l'entretien de sa femme folle. L. 22 § 8 Sol. mat. (**24**-3).. *adire judicem competentem, quatenus* NECESSITAS *imponatur marito, omnem talem mulieris sustentationem sufferre, et alimenta praestare et medicinae ejus succurrère;* de même les parents et les enfants sont contraints de s'alimenter réciproquement. L. 5 de agnosc. lib. (**25**-3) § 1 (COGATUR) § 2 (COGAMUR) § 5 (COMPELLATUR) § 8 (*ali* JUBEBUNT) etc.

Par rapport au tuteur il est à peine besoin d'en faire la remarque. On voit jusqu'où le magistrat étendait sa sollicitude pour les pupilles et quel usage il faisait pour cela de ses pouvoirs, dans la L. 1 § 2 ubi pup. educ. (**27**-2), où le juriste se demande, si en cas de besoin, le magistrat n'a pas le pouvoir de contraindre les parents les plus proches à recueillir et à élever le mineur (bien entendu moyennant paiement d'une pension), et il répond affirmativement :

Quaestionis est, an debeat etiam INVITUM COGERE, *utputa libertum, parentem vel quem alium de affinibus cognatisve? Et magis est, ut interdum debeat id facere.*

Les espèces ci-dessus ont toutes pour objet des actes *personnels*. Mais le magistrat romain n'hésitait point à imposer directement même une *prestation réelle*, lorsque

Digitized by Google

celle-ci était commandée par les circonstances et qu'une satisfaction pécuniaire n'aurait pu la remplacer; c'est ce que montre la L. 12 pr. de relig. (**11-7**), qui donne pouvoir au Préteur de forcer le propriétaire voisin à céder le passage nécessaire au possesseur d'un tombeau.

Praetor enim COMPELLERE *debet, justo pretio iter ei praestari.*

Un autre exemple de l'imposition directe de la prestation nous est fourni par l'obligation d'exécuter un ouvrage promis à une commune. L. 13 de pollic. (**50-12**). *Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt, opera* EXSTRUERE DEBERE *eos qui pro honore polliciti sunt, non* PECUNIAS *pro his inferre cogi.*

L. 8 ibid.... *Cum et absens per amicum perficere id opus possit. Judices... si opus perfici ab eo debere* CONSTITUERINT OBEDIRE *eum reipublicae ob hanc causam* JUBEBUNT.

Il en est de même dans le cas où l'ouvrage a été ordonné par testament. L. 11 § 25 de leg. III (32). *Si quis opus facere jussus paratus sit pecuniam dare reipublicae ut ipsa faciat, cum testator per ipsum id fieri voluerit, non audietur et ita D. Marcus rescripsit.*

On voit par ces textes combien il est faux de soutenir que, dans la procédure formulaire de Rome, les jugements ne pouvaient condamner qu'à de l'argent; on oublie qu'à côté du *judex* il y avait le Préteur.

Un exemple du droit postérieur nous est fourni par la loi (non glosée) 46 pr. Cod. de episc. (**1-3**).. *intra annum duntaxat id fieri cogere*, § 2 ibid. *praesidibus provinciarum* NECESSITATEM IMPONENTIBUS *heredibus.*

10. Ces matériaux fournis par nos sources mettent chacun en état de résoudre la question de savoir si l'autorité, à Rome, se trouvait en position de procurer à ses commandements l'obéissance nécessaire. Dans la plupart des exemples cités, il s'agit précisément de prestations qui n'ont point de *valeur pécuniaire*, et dans lesquelles, partant, s'il était

Digitized by Google

vrai de dire que, d'après le droit romain, les prestations de valeur pécuniaire pouvaient seules faire l'objet de l'action, la protection juridique aurait dû être refusée.

La première grande erreur que l'on a commise dans notre question est d'avoir oublié le Préteur à côté du *judex* romain. Or, les pouvoirs que nos sources accordent à l'un et à l'autre sont réunis en la personne du juge moderne. La seconde grande erreur dans laquelle on est tombé concerne la portée de la condamnation pécuniaire prononcée par le *judex*. Je touche ici à la troisième fonction, ci-dessus indiquée, de l'argent : la *fonction satisfactoire*. Elle consiste en ce que le juge alloue une somme d'argent au demandeur du chef de la lésion de son droit de la part du défendeur, non pas comme *équivalent*, dans le sens *économique* (*verum pretium*, *rei aestimatio* ou *quanti ea res est, id quod interest*, dans le sens économique) mais comme *satisfaction* pour son *sentiment juridique lésé*, comme équivalent pour le *préjudice causé à ses intérêts non-économiques*.

§ 2. *Emploi de la condamnation pécuniaire dans un but de satisfaction.*

11. La fonction pénale de l'argent, dans les délits du droit romain dirigés non contre le patrimoine, mais contre la *personne*, est connue de tout juriste. Je citerai à titre d'exemples l'*actio injuriarum aestimatoria* et l'*actio de sepulcro violato*. Mais ce qui est intéressant pour nous, ce n'est pas la simple existence de ces actions pénales et l'emploi de l'argent dans un but pénal ; c'est plutôt la justification de ces deux faits de la part des juristes romains par le *point de vue de l'intérêt*, c.-à-d. la reconnaissance du but idéal *satisfactoire* de l'argent. Les matériaux que les actions pénales mettent à notre service ont pour nous cette haute valeur qu'ils nous montrent dans quelle mesure le droit romain protégeait l'intérêt.

A ces matériaux j'en ajoute encore d'autres qui se

Digitized by Google

rapportent à la protection de l'intérêt, *indépendamment de l'hypothèse d'un délit*. Le tout ensemble me servira à répondre à cette question : Quels sont, en dehors de l'argent, les *intérêts* que le droit romain fait participer à sa reconnaissance et sa protection ?

CHAPITRE III.

Intérêts non-économiques reconnus et protégés par le droit romain.

12. Je vais donner un aperçu des intérêts *non-économiques* du droit romain, sans distinguer la *forme* dans laquelle ils sont protégés (au moyen d'une action pénale ou d'une action réipersécutoire), ni la *circonstance* à l'occasion de laquelle ils sont *reconnus* comme juridiquement relevants (donc même en dehors du cas de l'*action*). Si je réussis à établir ainsi l'*étendue de la notion romaine de l'intérêt*, je pourrai en faire l'application à la question de savoir quels intérêts peuvent faire l'objet d'un *contrat*.

Je divise ces intérêts en deux classes, à savoir ceux dont le but réside dans la personne d'un tiers et ceux dont le but réside dans notre propre personne.

SECT. I. — Intérêts dont le but réside dans la personne d'un tiers.

1. *Affections de famille.*

13. *a*) *Actio de servo corrupto utilis* du père, du chef de la séduction de ses enfants.

L. 14 § 1 de servo corr. (11-3)... *utilis competit officio judicis* AESTIMANDA, *quoniam* INTEREST NOSTRA *animum liberorum nostrorum non corrumpi.*

Digitized by Google

L'antithèse entre cet intérêt et l'intérêt pécuniaire résultant de la subornation de l'esclave est expressément indiquée au commencement du texte (*servi qui in patrimonio nostro esset — pauperiorem se factum esse dominus probare potest*); il est donc reconnu que par rapport aux enfants il n'y a point d'intérêt pécuniaire en jeu, et néanmoins le juge doit prononcer une condamnation pécuniaire.

b) *Actio injuriarum* du chef d'une injure faite à l'enfant ou à la femme.

PAUL S. R. V. 4 § 3. NOSTRA INTEREST *vindicare*. GAIUS III, § 221, L. 1 § 3 de injur. (**47**-10). *Spectat enim ad nos injuria*. § 5 ibid. *nostrum pudorem pertingit*. L. 18 § 5 ibid. *per filium, per uxorem facere injuriam*.

c) Action récursoire contre le vendeur, accordée au père dont la fille a été évincée de l'immeuble qu'il lui a acheté et donné en dot.

L. 71 de evict. (**21**-2).

Pater filiae nomine fundum in dotem dedit : evicto eo, an ex empto, vel duplae stipulatio committatur, quasi pater damnum patiatur, non immerito dubitatur. Non enim, sicut mulieris dos est, ita patris esse dici potest : nec conferre fratribus cogitur dotem a se profectam, manente matrimonio. Sed videamus, ne probabilius dicatur, committi hoc quoque casu stipulationem : INTEREST *enim patris, filiam dotatam habere, et spem quandoque recipiendae dotis : utique si in potestate sit : quod si emancipata est, vix poterit defendi, statim committi stipulationem, cum uno casu ad eum dos regredi possit. Nunquid ergo tunc demum agere possit, cum mortua in matrimonio filia, potuit dotem repetere, si evictus fundus non esset? An et hoc casu interest patris dotatam filiam habere ut statim convenire promissorem possit? quod magis* PATERNA AFFECTIO *inducit.*

La raison décisive sur laquelle on se fonde ici pour permettre l'intentement *immédiat* de l'action (alors qu'autrement on ne peut l'intenter qu'après le retour de la dot), c'est

Digitized by Google

l'idée de l'intérêt que le père porte au bonheur de sa fille.

d) *Actio tutelae* du pupille contre le tuteur qui a négligé de fournir des aliments aux proches parents indigents du pupille. L. 1 § 2 de tut. et rat. (**27**-3). — *putat posse cum tutore agi tutelae, si tale officium praetermiserit.*

e) *Postulatio suspecti tutoris* de la part des plus proches parents féminins du pupille. L. 1 § 7 de susp. tut. (**26**-10). *Quinimmo, et mulieres admittuntur, sed hae solae, quae* PIETATE NECESSITUDINIS *ductae ad hoc procedunt: ut puta mater, nutrix quoque, et avia* (*possunt*). *Potest et soror.. et si qua alia mulier fuerit, cujus Praetor perpensam pietatem intellexerit, non sexus verecundiam egredientis, sed pietate productam non continere injuriam pupillorum, admittet eam ad accusationem.* Comparez la L. 5 § 1 quib. ex caus. (**42**-4).

f) *Actio de effusis et dejectis* en paiement du montant de la peine fixée dans l'édit, lorsqu'un parent a été tué par le jet. Bien que cette action, en cas de mort d'homme, fût une action populaire, la L. 5 § 5 de his qui effud. (**9**-3) mentionne expressément l'intérêt particulier qu'avaient à l'intenter les parents les plus proches :

Dummodo sciamus hanc actionem ei potissimum dari debere, CUJUS INTEREST: *vel qui affinitate cognationeve defunctum contingit.*

2. *Sentiments de piété de l'héritier envers le testateur.*

14. *a*) Respect des restrictions que le testateur a apportées au legs fait à des parents de caractère léger, dans l'intérêt de ces parents.

L. 71 pr. de cond. (**35**-1).. *sed si filio, fratri, alumno minus industrio prospectum esse voluit,* INTERESSE HEREDIS *credendum est : atque ideo cautionem interponendam, ut et fundus comparetur, ac postea non alienaretur.*

L. 19 de leg. III (**32**). *Si tibi legatum est .. uti quid facias,*

Digitized by Google

etiam SI NON INTEREST *heredis id fieri, negandam tibi actionem, si non caveas heredi futurum, quod defunctus voluit.*

b) Dispositions du testateur relativement à la vente des esclaves. L. 18 § 2 fam. erc. (**10**-2)... *officio familiae erciscundae judicis contineri*, UT VOLUNTAS TESTATORIS NON INTERCIDAT.

c) Action en érection du monument désiré par le testateur, contre celui qui a été chargé de l'élever, éventuellement contre le cohéritier. L. 12 § 17 mand. (**17**-1).. *heres ejus poterit mandati agere.*

L. 7 de ann. leg. (**33**-1).. *coheres tuus agere potest tecum familiae erciscundae, ut facias, quoniam* INTEREST ILLIUS, *quin etiam si utrique jussi estis hoc facere, invicem actionem habebitis.*

d) *Actio injuriarum* pour diffamation de la mémoire du testateur, ou violation de son cadavre. L. 1. § 4-6. de injur (**47**-10). Cas dans lequel, il est vrai, on invoque la considération : *injuriam* HEREDI *quodammodo factam; semper enim* HEREDIS INTEREST *defuncti existimationem purgari.*

Ce cas est analogue à celui mentionné au n° 1 litt. b.

3. *Sympathie et bienveillance envers des personnes complètement étrangères.*

15. *a*) Action du vendeur de l'esclave à l'effet d'obtenir l'affranchissement imposé à l'acheteur. L. 54 p. mand. (**17**-1).. AFFECTUS *ratione mandati agetur.... placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam.*

b) Action du maître de l'esclave vendue, du chef de contravention à la défense de la prostituer. L. 6 pr. de serv. exp. (**18**-7).. *cum et ancillam contumelia affecerit et venditoris forte* AFFECTIONEM *simul et* VERECUNDIAM *laeserit.. remota quoque stipulatione placuit ex vendito esse actionem*,

ou du chef d'inobservance de toute autre défense concernant les bons traitements à donner à l'esclave. L. 7 ibid. *Quod si :*

Digitized by Google

ne poenae causa exportaretur, convenit, etiam AFFECTUS RATIONE *recte agetur... cum beneficio adfici hominem* INTERSIT HOMINIS.

c) *L'interdictum de homine libero exhibendo.* L. 3 § 9 de hom. lib. (**43**-29) *Hoc interdictum omnibus competit, nemo enim prohibendus est* LIBERTATI FAVERE.

d) Mandat en faveur de tiers.

Le mandant peut être intéressé à l'exécution d'un mandat tendant à la gestion des affaires d'un tiers. Cela arrive toutes les fois qu'en cas d'inexécution il serait lui-même obligé (*mandatum mea et aliena gratia* L. 2 § 3 mand. (**17**-1). Dans ce cas, son intérêt est personnel et de nature patrimoniale. C'est de ce cas que parle la L. 8 § 4 mand. (**17**-1). Mais le mandat peut aussi avoir été donné uniquement dans l'intérêt du tiers (*mandatum aliena gratia* L. 2 § 2 ibid.), sans que le mandant souffre pécuniairement le moins du monde de la non-exécution.

Peut-il agir en justice du chef de ce mandat? D'après le dogme dominant de la valeur patrimoniale de la prestation promise, il faudrait répondre négativement, et c'est en effet ce que paraît avoir fait ULPIEN dans la L. 8 § 6 ib. La comparaison de ce texte avec les L. 6 § 4 et L. 8 § 4, empruntées au même ouvrage d'ULPIEN et au même livre de cet ouvrage, apprend le contraire. Dans le premier texte, ULPIEN ne parle que du mandat donné dans l'intérêt personnel du mandant (v. plus loin n° 17,5°) et dans les deux autres du mandat en faveur d'un tiers. Il dit de ce dernier, dans la L. 6 § 4 :

Si tibi mandavero, quod mea (5) *non intererat, veluti, ut*

(5) Tous les manuscrits, ainsi que les Scholiastes des Basiliques (XIV, 1, 6 § 4) lisent *non*. Dans le codex Parisinus et Patavinus ce mot avait été originairement omis, mais il y a été ajouté par une correction postérieure (V. TH. MOMMSEN dans son édition des Pandectes.) D'après la teneur du texte et d'après la L. 8 § 4 la justesse de cette leçon ne peut souffrir aucun doute.

Digitized by Google

pro Seio intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro 7 Digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus.

Dans la L. 8 § 4, il examine le cas où un tuteur donne à son cotuteur le mandat d'acheter un esclave pour le pupille, et il distingue deux cas : si l'achat de l'esclave a été nécessaire ou inutile. Dans le premier cas, le mandant est lui-même responsable de l'inexécution du mandat, et il a partant une action en vertu de son propre intérêt. Dans le second cas, il n'est point responsable et il ne faut pas moins lui accorder une action. Pourquoi? *Quia mandato non est obtemperatum,* répond le juriste. Cela rappelle la phrase de la L. 92 de cond (**35**.1) citée ci-dessus (p. 160) « *neque enim debet circumveniri testantium voluntas.* » Comment mesurer ici l'intérêt patrimonial du demandeur? Un pareil intérêt n'existe absolument pas, car le tuteur a donné le mandat uniquement dans l'intérêt du pupille, et ni lui ni le pupille ne souffrent un dommage patrimonial de la non-exécution de ce mandat. Si néanmoins le juge doit ici condamner le mandataire à de l'argent, quel autre but cela pourrait-il avoir que de *punir* ce dernier pour la non-exécution de l'obligation contractée : *quia mandato non est obtemperatum?* et quelle autre conclusion peut-on en tirer que : la *bienveillance pour une tierce personne* est aussi une raison suffisante pour donner un mandat?

4. *Amour de la chose publique.*

16. Sous ce point de vue se rangent les célèbres *actiones populares* des Romains. Elles donnent occasion au citoyen d'entrer en lice pour les intérêts de la chose publique; on ne demande point s'il a un intérêt personnel à les intenter. Tel *peut* être le cas (L. 3 § 1, L. 6 de pop. act. **47**-23), mais cela n'est pas nécessaire; la simple considération de la chose publique suffit : on peut intenter l'action uniquement dans l'intérêt général (*jus populi tueri* L. 1 ibid.). Il n'y a pas

Digitized by Google

de protestation plus patente que l'existence de ces actions contre la théorie fausse qu'en droit romain on ne pouvait agir en justice que dans son propre intérêt.

Elles ne se restreignaient point à la sphère d'application à laquelle on songe communément à leur propos : à la protection des *choses* destinées à l'usage public (*res publicae*) — pour celles-ci on pourrait encore au besoin invoquer le point de vue d'un intérêt patrimonial propre au demandeur, bien que d'une manière fort éloignée ; mais elles étaient encore données dans des circonstances où ce point de vue était complètement exclu, à savoir pour protéger des *personnes incapables de se défendre*, et qui étaient en quelque sorte placées *sous la protection du public*. Parmi ces personnes publiquement protégées se rangeaient :

a) *L'impubère*. Protection contre le tuteur incapable ou *de mauvaise foi*, au moyen de la *postulatio suspecti tutoris*.

b) *Le mineur*. Protection contre tout préjudice, au moyen de *l'actio popularis* de la *Lex Plaetoria* (V. Esprit du droit romain T. IV p.117).

c) *Le prisonnier de guerre* ou *l'absent* en mission publique. Protection contre le détournement de ses biens, au moyen de la *Lex Hostilia* (pr. J. de iis per quos 4-10).

d) *L'homme libre*. Protection au moyen de l'*interdictum de homine libero exhibendo*, à l'époque ancienne par le *vindex libertatis* (le *pro libertate agere* du texte cité ci-dessus).

A ces cas de l'ancien droit, JUSTINIEN en a ajouté un nouveau, très intéressant, celui de *l'actio popularis* en exécution d'une fondation pieuse ou d'intérêt général ordonnée dans le testament. En cas de négligence de la part des personnes appelées en première ligne à l'exécuter, le premier venu pouvait assigner l'héritier en exécution de la fondation.

L. 46 § 6 C. de episc. (1-3)... *cum sit enim* COMMUNIS PIETATIS *ratio, communes et populares decet etiam affectiones constitui harum rerum executionis*.

Digitized by Google

Ainsi, la *communis pietatis ratio*, la simple bienveillance, la pitié envers les personnes intéressées à la fondation et incapables de se protéger, l'humanité pure est un motif suffisant d'action.

D'après ce qui précède, ce n'est pas trop dire, je pense, que de soutenir qu'il faut une ignorance complète du droit romain pour lui attribuer l'idée que l'on ne peut agir que pour soi-même. On généralise ainsi une idée que les juristes romains ont émise uniquement pour la *stipulation* : L. 38 § 17 de V. O. (**45**-1).. *inventae sunt* HUJUSMODI *obligationes ad hoc, ut unusquisque* SIBI *acquirat, quod* SUA *interest*, mais que le droit romain n'a jamais songé à émettre dans ces termes généraux.

SECT. II. — INTÉRÊTS DONT LE BUT RÉSIDE DANS NOTRE PROPRE PERSONNE.

Nous pouvons ici de nouveau distinguer deux classes : les intérêts dont le but est *sensible, matériel*, et ceux qui ont un but *intellectuel, idéal*. Quant aux premiers, il reste, après avoir retranché l'intérêt patrimonial, le bien-être, l'agrément, la commodité, le plaisir, bref les jouissances extérieures de la vie.

1. *Intérêts matériels.*

17. La protection d'intérêts de ce genre est reconnue dans les applications suivantes.

1. L. 16 § 1 quod vi (**43**-24).

Lorsque l'on coupe des arbres sur le fonds d'autrui, le propriétaire a toujours une action en dommages-intérêts ; l'usufruitier, au contraire, ne devrait, semble-t-il, en avoir une que lorsqu'il en souffre un *dommage*, c.-à-d. lorsqu'il s'agit d'arbres fruitiers et que le produit du fonds se trouve ainsi diminué. Mais le juriste lui reconnaît également une action lorsque les arbres n'étaient point d'espèce

Digitized by Google

frugifère et qu'ainsi l'*agrément* du séjour a seul souffert de leur enlèvement.

Sed si AMOENITAS *quaedam ex hujusmodi arboribus praestetur, potest dici et* FRUCTUARII INTERESSE PROPTER VOLUPTATEM ET GESTATIONEM, *et esse huic interdicto locum.*

2. D'autre part l'usufruitier, bien qu'au surplus il puisse augmenter le produit du fonds, doit s'abstenir d'enlever ces arbres et en général de faire aucun autre changement qui augmente le produit aux dépens de l'agrément; celui-ci a aussi sa valeur, sinon pour l'usufruitier, du moins pour le propriétaire, et il est également protégé par le droit.

L. 13 § 4 de usufr. (**7**-1).. *et si forte* VOLUPTATE *fuit praedium; viridaria vel gestationes, vel deambulationes arboribus infructuosis opacas, atque amoenas habens, non debebit dejicere, ut forte hortos olitorios faciat vel aliud quid quod ad reditum spectat.*

3. L. 25 § 2. Loc. (**19**.2).

Lorsqu'une construction élevée sur le terrain voisin enlève au preneur la lumière et la vue, il a de ce chef l'*actio conducti*, et le cas echéant, il peut réclamer une diminution de loyer. Il en est de même pour le cas où le bailleur a omis de réparer les fenêtres ou les portes en mauvais état (V. L. 15 § 1 ibid.); mais il doit supporter les petits désagréments occasionnés par des réparations nécessaires (L. 27 p. ibid.)

4. Servitudes de pur agrément.

Tandis que la servitude prédiale du droit ancien, c.-à.d. la servitude rurale servant aux intérêts de l'agriculture, visait exclusivement l'utilité, la servitude du droit nouveau, c.-à-d. la servitude urbaine, qui doit sa naissance aux intérêts de la vie urbaine et qui est destinée à les satisfaire, a suivi pas à pas le développement de la vie urbaine. Elle ne sert pas seulement à l'utilité, mais aussi à l'agrément; la condition de l'*utilitas* (*servitus fundo utilis esse debet*) a été étendue pour elle à l'agrément, au plaisir de la vie, de

Digitized by Google

sorte que p. ex. on peut également établir une servitude de prospect, et ce progrès a réagi même sur la servitude rurale; ainsi une servitude d'eaux peut être établie en vue du pur agrément.

L. 3 p. de aqua (**43**-20).

Hoc jure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa, vel AMOENITATIS, *aqua duci possit.*

5. *Actio mandati* du chef d'intérêts non-patrimoniaux.

Il me paraît incontestable, d'après les L. 6 § 4 et L. 8 § 4 mand. (**17**-1), citées ci-dessus p. 168, que l'*actio mandati* peut tendre à ces fins. Si, pour le mandat donné en faveur d'un tiers, on n'exige un intérêt pécuniaire ni dans le chef de ce tiers, ni dans celui du mandant, à plus forte raison en est-il ainsi lorsque ce dernier a agi pour lui-même. Les mots QUATENUS *intersit* de la L. 8 § 6 ibid. doivent donc être rapportés, comme dans tant de textes déjà cités ou à citer encore, même à l'intérêt de nature *non-patrimoniale*. Nos sources nous fournissent des exemples d'un pareil intérêt existant dans le cas mentionné ici par ULPIEN. (*mandavi tibi, ut fundum emeres; si intererat mea emi, teneberis*).

L. 54 de leg. II (**31**). ... *saepe enim confines fundos etiam* SUPRA *justam aestimationem* INTEREST NOSTRA *acquirere.*

L. 1 § 15 Si quid in fr. patr. (**38**-5)... HOC INTERESSE... *quod venierit possessio in quam habet patronus* AFFECTIONEM *vel opportunitatis, vel vicinitatis, vel coeli, vel quod illic educatus sit, vel parentes sepulti.*

Si dans le cas du dernier texte, l'action dont il s'occupe est refusée, c'est parce qu'elle présupposait une valeur pécuniaire (*pars debita bonorum*) *fraus enim* (*a liberto*) *in damno accipitur* PECUNIARIO; or, ce principe est inapplicable à l'action du mandat et à toutes les actions que nous citons ici; le *quod interest* n'y est point restreint à la valeur pécuniaire.

6. Tranquillité et paix.

L'édit du préteur donnait du chef d'une *alienatio judicii*

Digitized by Google

mutandi causa doleuse une *actio in factum* tendant à l'*interesse*.

L. 1 pr. de alien. (**4**-7).. *tanti nobis in factum actione tenetur, quanti* NOSTRA INTERSIT *alium adversarium nos non habuisse.*

Que faut-il entendre ici par l'*interesse* ? La L. 3 § 4 ibid. nous le dit ; *forte si quas impensas fecerit aut si quam aliam* INCOMMODITATEM *passus erit alio adversario substituto.*

La L. 8 § 2 Rat. rem. (**46**-8) contient une disposition analogue. Un *procurator* a revendiqué une personne libre comme esclave de son maître et a été débouté ; ce dernier intente à son tour le procès et succombe également. Le défendeur peut ici réclamer son *interesse* du *procurator*, en vertu de la *stipulatio ratam rem dominum habiturum*. En quoi consiste son *interesse?* Le texte répond :

Quanti ea res est ei praestetur... id est QUANTI INTERFUERIT *ejus de statu suo rursus non periclitari et propter impendia quae in litem fecerit.*

On admet donc ici également, comme dans le cas mentionné ci-dessus, un double intérêt : un intérêt pécuniaire et un intérêt non-pécuniaire, et pour ce dernier également, c.-à-d. pour les désagréments d'un second procès, pour le trouble apporté à son repos, pour l'agitation de son esprit, on accorde au demandeur une satisfaction, et remarquons-le, non pas comme peine, mais comme *interesse* (*quanti ea res est i. e. quanti interfuerit ejus*). A cause de la difficulté de pareille évaluation de l'*interesse*, LABEON avait conseillé, ainsi que le rapporte le texte, de faire porter la stipulation *ratam rem dominum habiturum* non point d'une manière générale sur le *quanti ea res est,* mais sur une somme déterminée : *quia aestimatio libertatis ad infinitum extenderetur ;* mais cela n'était point nécessaire; le juge savait fort bien, le cas échéant, fixer la somme lui-même.

En vendant un esclave, le vendeur convient avec l'acheteur que cet esclave ne viendra jamais en possession des

Digitized by Google

parents du vendeur, en vue, je suppose, d'éviter des bavardages. Cette convention donne-t-elle lieu à une action ? Oui, d'après la L. 135 § 3 de V. O. (**45**-1), bien qu'un intérêt pécuniaire ne soit absolument pas visible. Néamoins il est dit du vendeur qu'il peut agir *in id quod ejus* INTEREST.

7. Lésions corporelles, douleurs.

Bien que les juristes romains aient reconnu à diverses reprises que le corps humain et la vie humaine ne peuvent s'évaluer en argent.

L. 1 § 5, L. 7 de his qui eff. (**9**-3).

L. 3 Si quadrupes (**9**-1).

L. 2 § 2 de lege. Rhod. (**14**-2);

bien que dans les diverses actions du chef de lésions corporelles, ces textes refusent expressément un dédommagement pour la beauté perdue, c.-à-d. pour la conséquence esthétique de la lésion corporelle, il est certain cependant que le lésé avait aussi, d'après le droit romain (et non pas seulement depuis notre pratique moderne) un droit à des dommages-intérêts du chef de la lésion réelle et des douleurs éprouvées.

Déjà dans le droit ancien, dans la *legis actio membri rupti*, la fixation judiciaire de la composition avait pris la place de la peine du talion fixée par la loi des XII tables pour le cas où les parties ne s'entendaient point sur le montant de la composition. A cette disposition, l'édit prétorien ajoute *l'actio de effusis et dejectis*, qui pour le cas : *si nocitum esse dicitur*, tendait à *quantum ob eam rem aequum judici videbitur*. L. 1 p. de his qui effud. (**9**-3). ULPIEN remarque expressément, dans la L. 1 § 6 ib., que les mots : *quantum aequum videbitur* ne se rapportaient point aux DAMNA *quae* IN REM *hominis liberi facta sunt, si forte vestimenta ejus vel quid aliud scissum corruptumve est* (ceci rentrait dans le *damnum injuria datum* de la *lex Aquilia*) *sed ea quae* IN CORPUS *ejus admittuntur;* or ceci ne s'applique pas seulement aux frais de maladie et aux pertes de temps, de la L. 3 si quadrupes (**9**-1), car la L. 5 § 5 ibid. dit expressément que

Digitized by Google

dans notre action il ne s'agit pas du dommage pécuniaire : NON *sit damnum* PECUNIARIUM.

En cas de lésion corporelle causée par des animaux sauvages, l'édit des Ediles, reproduit dans la L. 40-42 de aed. ed. (**21**-1) donnait au lésé une action tendant à *quanti bonum aequum judici videbitur* c.-à-d. à une satisfaction à déterminer d'après les circonstances individuelles, et parmi celles-ci on devait spécialement avoir égard à la lésion corporelle.

D'après la L. 27 § 5 de adult. (**48**-5), si, sur l'ordre d'un tiers, un homme libre avait été soumis à la torture comme prétendu esclave, l'action qui, s'il avait été esclave, aurait appartenu à son maître, en paiement de sa double valeur, lui est accordée à lui-même comme *actio utilis ;* c'est en réalité un équivalent pour les douleurs éprouvées.

2. *Intérêts idéaux.*

1. Le sentiment religieux.

18. Celui-ci est violé lorsque l'on souille ou dégrade un tombeau, et le droit accorde sa protection contre ce fait au moyen de *l'actio sepulcri violati.* Si le juge romain avait eu seulement à constater la valeur pécuniaire des choses, il lui eût été difficile de suivre les instructions que lui donne la L. 3 § 8 de sep. viol. (**47**-12) :

Qui de sepulcri violati actione judicant, aestimabunt QUATENUS INTERSIT, *scilicet ex* INJURIA, *quae facta est, item ex* LUCRO *ejus, qui violavit, vel ex* DAMNO *quod contigit, vel ex* TEMERITATE *ejus qui fecit.*

On distingue ici expressément l'intérêt idéal de la lésion du droit et l'intérêt économique.

Un exemple de même nature nous est fourni par la L. 11 de relig. (**11**-7). Le vendeur du tombeau stipule que l'acheteur n'y enterrera pas certains morts. — C'est une convention dépourvue de tout intérêt pécuniaire; néanmoins elle est valable.

Digitized by Google

2. L'ambition.

On a fait disparaître une statue élevée publiquement en l'honneur d'une personne; la L. 11 § 1 quod vi (**43**-24) donne à cette personne l'*interdictum quod vi aut clam*, bien que cette statue ne fût pas sa propriété et qu'il n'y eût pas d'autre intérêt lésé dans son chef que celui de son ambition.

... eum, cujus statua in loco publico in municipio posita sit, quod vi aut clam agere posse, quia INTERFUERIT EJUS NON TOLLI.

3. L'esprit de famille.

La L. 35 de minor. (**4**-4) reconnaît comme un motif suffisant de restitution pour le mineur : *si ejus* INTERESSE *emtam ab eo rem fuisse adprobetur, veluti quod majorum ejus fuisset.*

La L. 36 de bon. lib. (**38**-2) reconnaît exactement le même intérêt pour le patron, par rapport à la demande de *bonorum possessio contra tabulas* sur la succession obérée de l'affranchi :

Multi enim casus intervenire possunt, quibus EXPEDIAT *patrono petere bonorum possessionem, quamvis aeris alieni magnitudo, quam libertus reliquerit, facultates patrimonii ejus excedat, veluti si praedia sunt aliqua ex bonis liberti, in quibus* MAJORUM PATRONI SEPULCRA *sint et magni aestimat patronus bonorum possessione jura pro parte ea ad se pertinere vel aliquid mancipium, quod non pretio, sed* AFFECTU *sit aestimandum...* ANIMO *potius quam aliorum computatione bona liberti aestimat.*

On trouve également des règles de conduite pour le tuteur :

L. 22 Cod. de adm. tut. (**5**-37). *nec vero domum vendere liceat, in qua defecit pater, minor crevit, in qua majorum imagines aut non videre fixas aut revulsas videre satis est lugubre.*

4. Le patronat.

Lorsque quelqu'un avait acheté et affranchi un esclave, qui

Digitized by Google

avait un droit testamentaire à être affranchi par l'héritier, cet esclave pouvait réclamer l'héritier comme son patron. S'il le faisait, l'acheteur perdait le droit au patronat et l'on se demandait si de ce chef il fallait lui accorder l'*actio emti*. Ainsi que le rapporte PAUL dans la L. 43 de act. emti (**19**-1), ULPIEN avait répondu négativement. Lui-même, d'accord avec JULIEN, répond affirmativement dans la L. 45 § 2, et avec raison. Il est vrai que si lors de l'affranchissement de l'esclave on ne lui avait point imposé des charges spéciales (*operarum promissio*), le patronat ne présentait point d'intérêt pécuniaire (de là la décision de la L. 5 § 5 de praesc. verb. **19**-5 : *an deducendum erit quod libertum habeo? sed hoc non potest aestimari*), car la perspective du droit de succession appartenant au patron était complètement incertaine, puisqu'elle dépendait de la circonstance que l'affranchi laissât de la fortune et *point* d'enfants. D'un autre côté, cependant, ce droit avait une certaine valeur idéale, il établissait un rapport reconnu et protégé par le droit, rapport de sujétion, de reconnaissance, de piété, et dès lors la privation du patronat, dans le cas ci-dessus, devait être regardée juridiquement comme une perte (L. 25 de fideic. lib. **40**-5... *ne emtor et pretium et* LIBERTUM *perdat*). La fixation de la somme à payer était de nouveau l'affaire du juge; quelle que fût son estimation, il reconnaissait en la faisant qu'un droit auquel on attachait une grande importance dans la vie romaine ne pouvait être enlevé sans dédommagement.

SECT. III. — CONCLUSIONS.

19. Je viens de faire connaître en détail les matériaux que depuis des années j'ai recueillis dans nos sources et que l'on pourrait probablement encore augmenter; pour ne pas affaiblir l'impression et en même temps pour pouvoir invoquer quelques expressions décisives des textes, j'ai laissé parler les sources elles-mêmes. Je ne crains point de me heurter

Digitized by Google

à une contradiction lorsque sur la base de ces matériaux j'établis les propositions suivantes :

1. C'est par erreur que l'on conclut du principe de la condamnation pécuniaire dans la procédure romaine que le juge ne pouvait apprécier que les intérêts et les biens qui ont une *valeur économique*.

La condamnation pécuniaire, entre ses mains, embrassait au contraire tous les intérêts que le droit reconnaissait comme ayant besoin et étant dignes de protection. A la *vera rei aestimatio*, comme objet de l'estimation judiciaire, s'ajoutent, d'après ce qui précède :

Affectus, *affectiones*, *verecundia*, *pietas*, *voluptas*, *amoenitas*, *incommoditas*, etc.

Le demandeur doit recevoir réparation non-seulement pour les pertes pécuniaires, mais aussi pour les restrictions apportées à son bien-être ou à ses convenances, pour les désagréments, les agitations d'esprit, les vexations, etc. qui lui ont été causés. Ce n'est point une peine fixée d'avance par la loi, mais le juge doit, en considérant les circonstances individuelles, fixer la réparation dans la liberté de son appréciation (*quanti interest ex injuria* p. 176) ; bref, à côté de sa fonction *d'équivalent* et de *peine*, l'argent avait aussi dans la procédure romaine une fonction de *satisfaction* (pour le Préteur v. p. 159, pour le juge v. p. 163).

2. Les expressions *id quod interest*, *quanti ejus interest* etc. indiquent dans le langage des sources, non-seulement *l'intérêt pécuniaire*, mais *tout* intérêt juridiquement protégé. *Interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi* (p. 164), *interest patris filiam dotatam habere* (p. 165), *interesse heredis credendum est*, *si testator filio prospectum voluit* (p. 166), *si monumentum fieri voluit* (p. 165) *defuncti aestimationem purgari interest hominis hominem beneficio affici* (p. 168), *interest fructuarii propter voluptatem et gestationem* (p. 172), *interest ex injuria*, *quae sepulcro violato facta est* (p. 176), *interest statuam ejus non tolli* (p. 177), etc.

Digitized by Google

En présence de tous ces témoignages, qui voudra encore maintenir l'assertion que le mot *interest* de nos sources doit être rapporté uniquement à *l'argent*, que celui qui veut agir en justice doit prouver que le non-accomplissement de la promesse lui a causé un préjudice *pécuniaire? Placuit prudentioribus* AFFECTUS *rationem in bonae fidei judiciis habendam*, dit PAPINIEN dans la L. 54 pr. Mand. (**17**-1) citée ci-dessus (p. 167), c.-à-d. la jurisprudence romaine en est arrivée à cette idée que dans la vie humaine la notion de valeur ne consiste pas en argent seulement, qu'au contraire il y a, outre l'argent, d'autres biens auxquels l'homme civilisé attribue une valeur et qu'il veut voir protéger par le droit. Dans la L. 6 § 1 de serv. exp. (**18**-7), le même juriste oppose au cas : *si* PECUNIAE RATIONE *interest*, celui du manque d'intérêt pécuniaire, ou comme il le dit positivement dans la L. 7 ib., l'*affectus ratio*. PRUDENTIORIBUS *placuit*, dit PAPINIEN, c.-à-d. les gens judicieux sont d'avis, et si l'on veut argumenter *a contrario*, on aura le jugement de PAPINIEN sur l'opinion des théoriciens modernes que nous sommes obligés ici de combattre.

3. La *fonction satisfactoire* de l'argent ne se restreint pas aux *délits*, ni au droit à la *vindicta* accordé par la loi en cette matière (L. 2 § 4 de coll. **37**-6), ni à l'*ultio* (L. 6 de sep. viol. (**47**-12); elle trouve place aussi dans les contrats : *in* BONAE FIDEI JUDICIIS *affectus rationem habendam esse* L. 45 pr. cit. Ce n'est pas une particularité de la théorie de l'esclavage que le vendeur d'un esclave puisse réclamer de l'acheteur l'observation des règles de conduite qui lui ont été imposées par rapport à cet esclave; ce n'est pas de cas exceptionnels que traite la L. 54 cit. et qui ne peuvent plus trouver application aujourd'hui, mais c'est d'un *principe juridique général* de tous les *bonae fidei judicia* et les sources, ainsi que nous l'avons démontré, ne manquent point de cas d'application. Le locataire obtient indemnité pour la suppression de la vue et de la lumière, pour le

Digitized by Google

mauvais état des portes et fenêtres (p. 172), bien qu'il n'en ait souffert aucune perte pécuniaire; le pupille en obtient une parce que le tuteur a omis de secourir ses plus proches parents (p. 166), bien qu'il lui ait ainsi épargné des dépenses; le tuteur en obtient une contre son cotuteur parce qu'il n'a pas rempli le mandat donné en faveur du pupille (p. 169); le propriétaire, parce que l'usufruitier a converti le parc en jardin de rapport (p. 172), bien que le produit en ait été augmenté; le *procurator* doit indemniser en argent le défendeur qui a été obligé de subir un nouveau procès, pour les retards et les agitations qu'il a subis (p. 174); le vendeur d'un esclave obtient une satisfaction de l'acheteur qui a violé l'obligation qui lui a été imposée quant au traitement de l'esclave (p. 167).

Conformément à ces précédents, et pour en revenir aux exemples de la vie moderne cités ci-dessus (p. 149), je n'aurais pas le moindre scrupule, comme juge, à accorder une indemnité au garçon d'hôtel pour la privation de ses après-midi libres du dimanche, au locataire pour la suppression de sa jouissance du jardin, au bailleur pour la musique faite au mépris des conventions. Je le ferais non seulement pour eux, mais dans l'intérêt de l'ordre juridique, afin que la loyauté et la probité dans les relations ne restent pas de vains mots.

CHAPITRE IV.

Réfutation des arguments tirés de textes en apparence contraires.

20. Il me reste à prouver que les textes sur lesquels nos adversaires croient pouvoir appuyer leur théorie, ne contredisent point l'opinion que je viens d'exposer.

Digitized by Google

Voici ces textes :

1. La L. 9 § 2 de statul. (**40**-7) est la véritable source de toute l'erreur. Si par les mots : *ea in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt,* le juriste avait voulu dire ce que, trompé par GAÏUS, on a voulu comprendre (l'objet de l'obligation ne peut être qu'une prestation de valeur *économique*), il aurait, comme il résulte des attestations des sources indiquées ci-dessus, soutenu une thèse pertinemment fausse. Comment concilier son assertion avec ces attestations?

Comme celles-ci nous l'apprennent, les biens et les intérêts qui n'ont pas pour but l'argent et la valeur pécuniaire peuvent également être *évalués* en argent : *pecunia lui praestarique possunt.* Mais cela n'est plus vrai pour une prestation impossible et c'est précisément d'une pareille prestation qu'il s'agissait dans le cas que le juriste avait à résoudre. L'esclave promis était devenu libre en suite d'une disposition du testament, et ainsi il était devenu impossible de le prester : LIBERTAS *pecunia* LUI *non potest nec reparari potest*, c.-à-d. pour la liberté il n'y a pas d'équivalent, ni pour l'esclave même (*libertas res inaestimabilis est* L. 106 de R. J. **50**-17), ni pour le tiers, car on ne peut acheter pour de l'argent une personne libre; la liberté une fois acquise ne peut plus être reprise *(reparari non potest)*, ni être rachetée pour de l'argent à l'esclave *(lui non potest)*.

Ainsi entendu, le passage dont s'agit acquiert un sens qui permet de le concilier avec les autres décisions de nos sources. Mais si entre la formule abstraite d'un principe et les décisions concrètes de nos sources il se rencontre une contradiction, nous nous bornons à suivre les instructions mêmes de nos sources (L. 1 de R. J. **50**-17 *Regula est quae rem, quae est, breviter enarrat.* NON UT EX REGULA JUS SUMATUR, *sed ex jure, quod est, regula fiat;* L. 202 ibid. : *Omnis definitio in jure civili periculosa est, parum est enim ut non subverti possit*), lorsque nous nous en tenons aux

Digitized by Google

décisions concrètes, en corrigeant la formule d'après elles ou bien en l'entendant de telle manière qu'elle se concilie avec elles.

2. L. 95 de V. O. (**45**-1) et

3. L. 7 de praesc. verb. (**19**-5)

21. Je réunis ces deux textes, parce qu'à mon avis il faut les expliquer de la même manière.

Nous avons déclaré juridiquement obligatoire la promesse faite par le locataire au bailleur, de s'abstenir de faire de la musique. A ce cas, nous opposons celui où un médecin fait promettre à son malade, à cause de l'excitation de son système nerveux, de s'abstenir pendant six mois de faire de la musique. Cette promesse est-elle également obligatoire? Certes non. Et cependant la convention a exactement la même teneur que dans le cas ci-dessus. — D'où vient donc la différence? La réponse saute aux yeux : le bailleur a un intérêt, le médecin point; celui-là a réclamé la promesse dans son propre intérêt, celui-ci dans l'intérêt du malade, c'est un conseil médical qu'il lui a donné; or, un conseil ne perd pas son caractère parce que l'on a *promis* de le suivre.

L. 2 § 6 Mand. (**17**-1).

... *Cujus generis mandatum consilium magis est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur.*

L. 2 pr. ibid. ... *Quodsi tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur.*

Nous aboutissons ainsi à la règle suivante : la promesse doit avoir un *intérêt* pour celui à qui elle est faite, bien que cet intérêt ne doive pas être de nature *patrimoniale*. La raison admet que le bailleur se fasse promettre par le locataire que celui-ci ne fera pas de musique, ne tiendra pas de chiens; elle n'admet point que l'on se fasse faire pareille promesse par une personne qui demeure à l'autre bout de la ville. Il n'est pas vrai que toute convention comme telle

Digitized by Google

oblige ; elle n'oblige que lorsque la restriction que le promettant s'impose profite à celui qui reçoit la promesse ; il faut que l'un *gagne* à ce que l'autre *souffre ;* — la simple *restriction* comme telle ne trouve point protection de la part du droit ; il faut qu'elle soit motivée et justifiée par l'intérêt d'un autre.

Cette notion de finalité dans le domaine juridique est de l'essence de tous les droits dans le sens subjectif (les intérêts juridiquement protégés selon ma définition).

La L. 15 pr. de serv. (8-1) insiste en termes explicites sur cette *notion de finalité,* en matière de servitudes prédiales.

Quotiens nec hominum nec praediorum servitutes sunt quia NIHIL VICINORUM *interest, non valet, veluti : ne per fundum tuum eas aut ibi consistas; et ideo si mihi concedas jus tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur; aliter atque si concedas mihi, jus tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere* MINUENDAE AQUAE MEAE GRATIA.

Ainsi la promesse de ne pas creuser de puits sur son propre sol est sans effet, en tant qu'elle ne constitue qu'une simple restriction imposée à l'une des parties ; elle ne devient efficace et obligatoire que lorsqu'il s'y ajoute un intérêt de l'autre partie (garantie de l'alimentation de son propre puits). Alors, ce que l'un perd profite à l'autre, la promesse n'est pas simplement un accord de volontés (force obligatoire abstraite du contrat), elle a un sens raisonnable, un but (*finalité de la servitude prédiale*).

La promesse de s'arrêter à une certaine hauteur dans la construction d'une maison est obligatoire lorsqu'elle est faite de voisin à voisin (*servitus altius non tollendi*) ; elle est non obligatoire et complètement inefficace lorsqu'elle est faite à celui qui demeure au loin (condition du *voisinage* pour la servitude prédiale).

Il faut donc un *intérêt au contrat* pour que celui-ci soit obligatoire. Nous n'avons pas à rechercher pour le moment

Digitized by Google

de quelle nature doit être cet intérêt, il nous suffit de cette proposition négative : sans intérêt, point de convention obligatoire.

Armés de ce principe, abordons maintenant le premier des textes cités ci-dessus :

L. 95 de V. O. (45-1).

Qui insulam fieri stipulatur, ita demum acquirit obligationem, si apparet, quo in loco insulam fieri voluerit, si et ibi insulam fieri ejus interest.

J'avoue volontiers que je me suis complètement mépris autrefois sur la signification de ce texte et je ne m'en console qu'en pensant que d'autres ne l'ont pas mieux compris que moi. Je m'étais représenté l'espèce de la loi en ce sens que quelqu'un avait conclu avec un entrepreneur de bâtisse un contrat relatif à la construction d'une maison (*locatio conductio operis*) et s'était ensuite fait promettre l'exécution de ce contrat dans la forme de la stipulation. Je ne pouvais me mettre dans l'esprit que le propriétaire dût encore préalablement ici prouver son intérêt à l'exécution de la bâtisse, car l'intérêt, me disais-je, ne saurait être mis en doute, sinon pourquoi aurait-il conclu le contrat? Si l'on peut mettre en question l'intérêt pour la stipulation, pourquoi ne le pouvait on pas également pour la *locatio conductio operis* qui l'a précédée? Dès lors le demandeur dans l'action de ce dernier contrat devrait également commencer par établir son intérêt? — Pure absurdité! Cette absurdité n'est pas moindre parce que l'un contrat est *stricti juris* et l'autre *bonae fidei* — ce qui est l'expédient par lequel plusieurs ont voulu écarter l'application de ce texte à notre droit actuel(6). Ce qui est

(6) P. ex. Baron *Pandekten* § 208 (p. 415); pour le surplus l'exposé que fait l'auteur de notre théorie est irréprochable. Windscheid *Pandekten* II § 251 note 3 croit pouvoir expliquer les textes par la nécessité de la condamnation pécuniaire qu'ils prennent pour point de départ. Mais cette nécessité existait pour *toutes* les actions, et il est bien certain cependant

Digitized by Google

absurde reste absurde, revêtu de la forme du *jus strictum* ou de la *bona fides*, et pour ma part je n'ai encore découvert dans le droit romain rien d'absolument absurde, même dans le *jus strictum*.

L'impression d'étonnement que cause ce texte s'accroît lorsque l'on remarque que le stipulant n'avait pas même désigné la place sur laquelle le bâtiment devait être élevé, ainsi qu'il résulte des mots : *si apparet, quo in loco insulam fieri voluerit*. Où a-t-on jamais vu un contrat d'entreprise d'un bâtiment où ce point ait été omis? Telles sont les conséquences auxquelles me conduisait ma conception antérieure du texte, et on comprendra que j'avoue que ce texte me paraissait une énigme. Tous les autres juristes, que je sache, sont partis de la même hypothèse. La glose remarque sur ce texte : *Si quis stipulatur*, TIBI *insulam fieri, debet locum designare, in quo fieri eam vult, alias non valet stipulatio*, et personne, à ma connaissance, n'a songé, même plus tard, à un autre cas.

Sur quoi, cependant, s'appuie le *sibi fieri* que suppose la glose? Le texte même ne contient pas le mot *sibi*. Quid, maintenant, si le stipulant avait eu en vue, non pas une bâtisse sur son propre sol, mais sur le sol d'autrui, non pas une bâtisse pour lui, mais pour le promettant lui-même? On m'objectera : quel intérêt raisonnable peut-il avoir à ce que le promettant *se* bâtisse une maison? Je réponds : Un spéculateur veut convertir en terrains à bâtir une grande étendue de terrain située dans une localité non encore bâtie. Toute personne qui lui achète un terrain et y bâtit une maison, augmente la valeur des terrains non encore bâtis. Son intérêt lui commande donc d'imposer à tous ceux qui lui achètent un terrain à bâtir situé en cet endroit, l'obligation d'y bâtir une maison; *insulam fieri*. Au lieu de

que le demandeur, dans la *reivindicatio*, *condictio ex mutuo*, *actio emti*, *actio conducti*, etc., ne devait point commencer par prouver son intérêt.

Digitized by Google

cette hypothèse purement abstraite je citerai une espèce concrète qui s'est réellement présentée. Il y a quelques années un particulier donna au Ministère de la guerre prussien un grand espace de terrain à bâtir situé à Lichterfelde près de Berlin, pour y ériger l'école de guerre. Le transfert de l'école de guerre de Berlin à Lichterfelde devait, selon toute probabilité, déterminer une foule d'industriels et de commerçants à aller s'établir en cette localité et à y acheter des terrains à bâtir; de cette façon la donation était bien payée. Or lorsque dans l'acte de donation le donateur se faisait donner l'assurance de l'érection de l'école de guerre à Lichterfelde, y a-t-il quelqu'un qui doute qu'il n'eût un intérêt à l'exécution de la convention et que le Ministère de la guerre n'aurait pas eu le droit de disposer d'une autre manière du terrain donné, mais qu'il eût au contraire l'obligation d'y bâtir l'école de guerre? Comparons maintenant la L. 95 de V. O. citée.

Qui insulam fieri stipulatur, ita demum acquirit obligationem, si apparet, quo in loco fieri insulam voluerit, si et IBI *insulam fieri ejus interest.*

Je crois que nous tenons l'explication. J'aborde le troisième texte cité :

22. L. 7 de praesc. verb. (**19**-5) *Si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam praescriptis verbis, ut solvas quanti mea interest, aut si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas.*

Ce texte émane du même PAPINIEN, qui remarque expressément, dans la L. 54 Mand. (**17**-1) et dans la L. 7 de serv. exp. (**18**-7) citées ci-dessus, à propos des conventions qui ont pour objet l'affranchissement ou le bon traitement de l'esclave, que dans les *bonae fidei judicia* (et de ce nombre est aussi, d'après la L. 2 § 2 de prec. (**43**-26) l'*actio praescriptis verbis*), il ne faut pas un intérêt pécuniaire, que le pur intérêt personnel (*affectus ratio*) suffit. La L. 7 cit. ne peut par conséquent avoir le sens que l'on veut y trouver :

Digitized by Google

qu'un contrat relatif à l'affranchissement d'un esclave ne donne lieu à une action que lorsqu'il s'y rattache pour le demandeur un intérêt d'*argent*.

Mais comment concilier la L. 7 cit. avec les deux autres textes?

Il y a pour cela un double moyen. *D'abord* de ne pas voir exclusivement, dans l'*interesse*, l'intérêt *d'argent* conformément à ce que nous avons vu ci-dessus (p. 179). A la vérité les mots *quanti interest* semblent indiquer de *l'argent*. Mais l'indication quantitative de l'intérêt se concilie également avec les intérêts non-économiques, comme le prouve le § 7 pr. J. de injur. (4-4). *Sed postea praetores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, eam aestimare, ut judex vel* TANTI *reum condemnet, quanti injuriam passus* AESTIMAVERIT, *vel minoris, prout ei visum fuerit.*

Le *second* moyen est le suivant: PAPINIEN n'admet l'intérêt personnel relativement à un esclave que pour les esclaves propres, et non pour les esclaves étrangers. Chez ceux-là, pourrions-nous dire pour compléter sa pensée, cet intérêt est explicable, il est le résultat naturel des relations domestiques entre le maître et l'esclave. Il en est tout autrement pour l'esclave étranger. Il est aussi étranger vis-à-vis du tiers que les milliers d'esclaves qui vivent à Rome. Quel intérêt a le tiers, à ce que précisément celui-là devienne libre? Pourquoi pas tout aussi bien un autre esclave quelconque? Voilà pourquoi le droit prend sous sa protection les contrats du *maître* antérieur par rapport à l'affranchissement et au bon traitement de son esclave. Mais non lorsqu'il s'agit d'un esclave qui lui est entièrement étranger.

A l'appui de cette opinion j'invoquerai l'importance que le droit romain attache partout ailleurs à l'intérêt *personnel* quant à la chose *propre*. Si la réclamation du demandeur vise la prestation de la chose d'autrui, le défendeur doit prester simplement l'intérêt pécuniaire, si elle vise la restitution de la chose *propre*, le défendeur doit aussi

Digitized by Google

prester l'intérêt personnel (d'affection) (*quanti in litem actor juraverit*). Celui qui vend *sa* chose, peut imposer à l'acheteur, par rapport au traitement de cette chose des restrictions (*legem dicere*) qui seraient dépourvues de tout effet par rapport à une chose qui ne lui appartient *point* (7).

En ce qui concerne le contrat relatif à l'affranchissement d'un esclave, le droit romain lui fait produire des effets très différents selon qu'il intervient en faveur de l'esclave *propre* du stipulant ou en faveur de l'esclave *d'autrui;* dans le premier cas, il a un effet *réel*, dans le second seulement un effet *obligatoire;* en d'autres termes, dans le premier cas, si l'acheteur n'exécute point le contrat, l'esclave devient libre *ipso jure*, dans le second, on ne donne au vendeur qu'une action personnelle (8).

On peut comprendre ainsi que le même juriste exige dans la L. 7 cit. un intérêt pécuniaire à l'affranchissement de l'esclave et déclare au contraire dans la L. 54 cit. le simple intérêt d'affection suffisant. Là il s'agit d'un esclave *étranger*, ici d'un esclave *propre*.

On avouera que cette distinction a quelque chose de légitime. Empruntons un exemple à notre époque actuelle : lorsque quelqu'un vend un cheval de selle qui lui a servi depuis des années et auquel il s'est attaché, il est facile à comprendre et il arrive fréquemment qu'il impose à l'acheteur de ne pas employer ce cheval à de rudes travaux. On comprend également que lorsqu'on lègue sa galerie de tableaux ou sa bibliothèque à l'Etat, à la commune etc. on pose pour condition de ne pas vendre ni disperser, ou bien lorsque l'on vend un bien rural, que le parc et le monument d'un

(7) C'est ce qne j'ai démontré ailleurs (Effets passifs p. 325-551 et Esprit du D. R. T. IV p. 327 note 497) et je me borne ici à citer les textes qui ont rapport à la question. V. quant à la première proposition : L. 19 de serv. (8-1). L. 6 p. Comm. praed. (8-4). L. 11 de relig. (11-7). L. 9 Cod. de pact. int. emt. (4-54); quant à la seconde proposition : L. 61 de pact. (2-14).

(8) V. ma dissertation sur les Effets passifs, p. 322-323.

Digitized by Google

ancêtre qui s'y trouve seront respectés. Au contraire, je n'ai jamais entendu dire que l'on ait posé pareille condition pour des chevaux, des bibliothèques, des galeries de tableaux, des maisons appartenant à autrui.

Un père ou un tuteur qui met sa fille ou sa pupille en service, peut stipuler pour elle comment elle sera traitée sous le rapport de la nourriture et du travail, et d'après nos explications précédentes on ne peut lui refuser action de ce chef; si un tiers faisait de même, son contrat ne produirait pas plus d'effets juridiques qu'à Rome celui concernant l'affranchissement d'un esclave étranger.

Les deux textes cités ci-dessus peuvent ainsi être considérés comme écartés et il ne reste plus, parmi ceux qu'invoquent les défenseurs de la valeur pécuniaire des obligations, que la L. 38 § 17 de V. O. (**45**-1). Mais comme ce texte ne dit pas un mot de la nécessité de l'intérêt *pécuniaire* pour l'obligation et exige seulement que l'obligation ait un intérêt *pour le créancier*, point dont je ne m'occuperai que plus tard, je puis le laisser de côté pour le moment.

Je termine en concluant qu'il n'y a pas un seul texte dans nos sources qui exige comme condition indispensable de l'obligation la *valeur pécuniaire* de la prestation; qu'il y en a, au contraire, une série qui démontrent que le juge romain pouvait aussi condamner à de l'argent du chef d'intérêts non économiques, et cela non seulement dans les actions de délit, mais encore dans les actions contractuelles. Mais n'y eût-il pas une seule attestation en ce sens pour ces dernières, encore la preuve déja fournie, pour les actions de délit, que la *pecuniaria aestimatio* de la *condemnatio* dans GAIUS IV. 48 n'implique point la reconnaissance du principe de la *valeur pécuniaire*, suffirait-elle pour enlever toute base au dogme que l'obligation ne peut avoir pour objet qu'une prestation de nature patrimoniale. Ce dogme tout entier n'est autre chose qu'une erreur occasionnée par un malentendu sur un renseignement d'histoire du droit.

Digitized by Google

Pour le juge, il est vrai, la règle que fournit cette théorie, est parfaitement commode. Elle le dispense de rechercher péniblement jusqu'où il peut étendre la protection des intérêts purement personnels, et lui permet de se mettre à l'abri de tout doute et de toute difficulté ; — là où la valeur pécuniaire ne peut être établie, il repousse l'action ! Mais autre chose est l'intérêt du juge et celui de la vie, et c'est bouleverser le rapport naturel des choses que de vouloir subordonner celui-ci à celui-là. L'indétermination de la mesure ou du point de vue à appliquer par le juge n'est pas une raison de repousser cette mesure ou ce point de vue, lorsqu'ils sont commandés par les besoins de la vie, et de les remplacer par un autre qui a bien pour le juge l'avantage de la précision mais qui ne convient pas à la vie pratique. La mesure du *diligens paterfamilias* qui doit servir au juge à faire la distinction si importante entre la *culpa lata* et la *culpa levis* n'est en rien moins indéterminée et moins élastique que celle de l'intérêt personnel, et la condition du *long espace de temps* (*usus longaevus, longa consuetudo*, *tenaciter conservata etc.*) pour la coutume, ne le cède en rien, sous ce rapport, aux deux notions précédentes. Mais la mission du juge consiste précisément à être en état de remédier par sa propre sagesse et par son tact exact aux imperfections des formules abstraites du droit. Un juge qui ne sait qu'appliquer machinalement les principes abstraits est indigne de ce nom. La mission que lui donne la L. 54 Mand. (**17-1**) *in bonae fidei judiciis* AFFECTUS *rationem habendam esse* n'est pas plus difficile que l'application exacte à un cas particulier de la notion du *pater familias,* de la condition de la *longa consuetudo,* et de tant d'autres notions juridiques.

Je ne veux nullement fuir et renvoyer au juge les difficultés de l'application pratique de la règle que je défends ici ; je crois au contraire qu'il est de mon devoir de compléter les explications au fond purement négatives que je viens de donner, en montrant positivement jusqu'où doit

Digitized by Google

s'étendre la protection des intérêts non-économiques ou personnels. Ce n'est point que je croie pouvoir épuiser le sujet, mais j'ai espoir que dans une matière que la théorie esquive avec une prudente circonspection, une contribution même modeste ne sera pas mal venue.

CHAPITRE V.

Limites positives de la protection de l'intérêt dans notre droit actuel.

23. Dans quelles limites les contrats produisent-ils une action? WINDSCHEID (*Pandekten* § 25, note 3) pose comme condition « un intérêt légitime d'après l'appréciation du juge, » et il exclut toutes les « réclamations basées sur un simple *caprice.* » BARON (*Pandekten* § 208) professe la même opinion.

Je ne crois pas que cette distinction épuise la matière; il y a des intérêts que nous ne considérons pas comme des caprices et qui néanmoins n'ont aucun droit à la protection juridique.

Essayons de déterminer d'abord *négativement* les limites de la protection juridique, en séparant les rapports auxquels, sans aucun doute, ne revient pas la protection juridique.

Ce sont d'abord les rapports de la vie mondaine. Celle-ci est en dehors du droit; elle exclut par sa nature même la contrainte extérieure. Une invitation à une réunion, et l'acceptation de cette invitation, n'engendrent pour les deux parties aucun effet juridique, même lorsqu'il s'y attache un intérêt patrimonial. L'invitation d'un ami à aller passer les mois d'été à son château, a incontestablement une valeur pécuniaire; elle épargne à l'invité les frais de son propre entretien. Mais qui soutiendra que si l'invitation vient à

Digitized by Google

être retirée, l'invité a droit au remboursement de ces frais? Et cependant les défenseurs de la valeur pécuniaire de l'obligation devraient lui donner pareil droit! Il résulte de là que le dogme de la valeur pécuniaire est trop étroit d'un côté, et trop large de l'autre. Il n'y a pas défaut d'intérêt chez l'invité, et l'on ne peut pas davantage voir ici un simple *caprice,* mais nul ne contestera que pareille invitation n'engendre aucun *droit.*

Il en est de même de l'acceptation de l'invitation. L'absence d'un invité peut, selon les circonstances, faire perdre tout le plaisir que sa présence promettait à l'hôte et à ses autres invités. L'intérêt de sa présence, pour l'hôte, n'est certainement pas un simple caprice. Mais qui soutiendra qu'alors même que l'invité a promis de la façon la plus formelle et la plus précise de venir, l'hôte aura de ce chef une action en répétition de l'intérêt d'affection? A mon avis, même la promesse d'une peine conventionnelle n'y changerait rien, malgré la L. 38 § 17 de V. O. (**45-1**). J'appliquerais à cette occasion les principes de la *conditio turpis.* La contrainte se trouve en contradiction avec le rapport auquel elle est ici appliquée. La vie mondaine est de sa nature *libre,* et je considérerais avec la L. 71 § 2 de cond. (**35-1**) une pareille promesse comme une *cautio per quam jus* LIBERTATIS *infringitur.*

Mais la vie mondaine peut donner occasion à une obligation de nature professionnelle. Le contrat que conclut l'hôte avec le serviteur à gages qui introduira le monde, avec le restaurateur qui livrera les mets, avec les musiciens qui joueront des danses à son bal, est purement d'affaire et ne perd absolument rien de son caractère pour avoir été occasionné par la vie mondaine. Supposons que ces personnes trouvent plus tard un emploi plus avantageux de leurs services, pourront-elles résilier le contrat? Celui qui base la force obligatoire des conventions sur l'intérêt pécuniaire du créancier doit répondre affirmativement, car dans la réunion

Digitized by Google

à laquelle ces personnes doivent prester leurs services, il ne s'agit point d'un intérêt pécuniaire, mais du simple plaisir. Quant à moi, je n'hésiterais pas comme juge à condamner ces personnes en cas de non-exécution du contrat à une peine pécuniaire arbitraire, et je croirais me conformer entièrement, en cela, aux principes du droit romain.

De la *vie mondaine ou de société* c.-à-d. de la réunion passagère dans le but de se distraire ou de causer, je distingue la *complaisance*, c.-à-d. la reddition gratuite de services ou l'abandon passager de l'usage des choses. Elle nonplus, à mon avis, n'a aucun droit à la protection juridique, même lorsque l'intérêt est de nature patrimoniale. Celui qui a obtenu d'un autre la promesse qu'il lui enseignera les rudiments de la langue latine, des mathématiques etc. ou lui apprendra le piano, a un *intérêt* considérable à l'exécution de cette promesse; ce n'est pas un simple *caprice* qu'il veut satisfaire; la promesse obtenue a même une valeur patrimoniale (le montant des honoraires de professeurs que l'enseignement gratuit lui fait économiser). Et cependant qui voudra soutenir qu'il faille lui accorder une action en exécution de cette promesse? D'après les circonstances, la promesse qui lui a été faite, n'avait pas un caractère d'affaire, juridiquement obligatoire, mais un caractère purement *amical*, et comme telle elle n'oblige point (9). Ce qui est vrai des *prestations de services*, l'est également, à mon avis, de la promesse d'abandon passager de certaines choses, et je tiens pour fausse l'opinion que le *pactum* DE COMMODANDO donne lieu à une action d'une manière absolue, tandis que le commodat *réalisé*, à la différence du *précaire*, est absolument soustrait à l'arbitraire du prêteur.

Toutefois la révocation du commodat réalisé n'est point exclue d'une manière absolue; il est seulement interdit de la

(9) Les L. 10 § 7 Mand. (17-1) et L. 13 § 2 de rec. arb. (4-8) font mention de pareilles promesses amicales qui ne créent aucune obligation.

Digitized by Google

faire d'une façon intempestive. Arg. L. 17 § 3 Comm. (13-6)... *intempestive... inopportune.* Quant au précaire V. L. 12 de préc. (43-26)... *nulla vis est hujus conventionis est alienam rem domino invito possidere liceat.*

La troisième catégorie de promesses que nous avons à écarter se compose de celles qui ne présentent point d'intérêt pour le stipulant. Nous renvoyons au cas déjà cité où un malade promet à son médecin de s'abstenir de faire de la musique, tandis que la même promesse du locataire ou bailleur est obligatoire (p. 184).

En quoi consiste la différence de ces deux cas? Le bailleur *souffre* du non-accomplissement de la promesse, le médecin n'en souffre point. De même le propriétaire souffre lorsque son voisin bâtit plus haut, mais non lorsque le propriétaire d'une maison non voisine en fait autant. Là le droit donne une action du chef du contrat, ici point.

Mais la condition de l'intérêt ne doit point être restreinte à l'intérêt immédiatement propre; il comprend aussi, comme le montrent les exemples du droit romain (p. 165 et ss.) l'intérêt des personnes unies au stipulant par les liens du sang ou du devoir. En ces personnes, il *souffre* lui-même; comme en sens inverse, dans le cas d'un *usus* restreint à ses besoins *personnels* il jouit par elles lorsqu'il les laisse participer à sa jouissance (L. 2 § 1. — L. 9 de usu 7-8).

Lorsque le père ou le tuteur, en mettant son fils ou son pupille en apprentissage, stipule qu'il ira au catéchisme ou à l'école, ou lorsqu'en mettant sa fille en service, il convient de la manière dont elle sera traitée par rapport à la nourriture ou aux égards, on ne peut, à mon sens, leur refuser, sous prétexte du défaut d'intérêt, l'action en accomplissement du contrat. Le père et le tuteur *doivent*, dans les contrats de ce genre, veiller à l'intérêt de leur enfant ou de leur pupille; l'intérêt de ces personnes est aussi le leur; si elles souffrent, ils souffrent également quand ils sont animés de bons sentiments.

Digitized by Google

24. J'aborde la détermination *positive* de l'intérêt, c.-à-d. l'énumération des intérêts auxquels, à mon sens, dans le développement actuel de notre vie et de notre civilisation, on ne peut refuser un droit à la protection juridique. Les intérêts du patrimoine sont, bien entendu, à mettre à part, car ils ne sont pas en question et je ne crois pas davantage avoir à mentionner ici le droit de famille.

25. La première question à résoudre est celle-ci : Qu'est-ce que l'intérêt? Sans m'engager ici dans une explication approfondie de cette notion, que je réserve pour une autre place([10]), je me borne à reproduire le résultat de mes recherches antérieures.

L'intérêt dans le sens subjectif désigne le sentiment que l'on a des conditions de la vie. Si je m'intéresse à une personne, à un objet, à une situation, c'est parce que je sens que j'en dépends moi-même au point de vue de mon existence ou de mon bien-être, de ma satisfaction ou de mon bonheur. Les intérêts sont donc les conditions de la vie dans le sens large. Le sens dans lequel nous prenons ici la notion de la condition de vie, est tout à fait relatif; ce qui pour l'un fait partie de la *pleine* vie, c.-à-d. du bien-être, est dépourvu de toute valeur pour l'autre. Cela est vrai pour les peuples comme pour les individus, cela est même vrai pour les diverses phases de la civilisation d'un seul et même peuple. Avec les intérêts du peuple se modifie aussi le droit, dont la mission consiste précisément à assurer par la contrainte extérieure les conditions indispensables de la vie dans la société.([11]) La mesure des intérêts juridiques est donc variable, et ce serait méconnaître complètement l'importance du sujet que de vouloir traiter *abstraitement* la question des intérêts à protéger juridiquement, comme si elle permettait

([10]) Dans le tome II de mon ouvrage : *Zweck im Recht.*

([11]) Telle est la définition du droit que j'ai longuement établie dans mon *Zweck im Recht*, T. I, p. 434 s. (Leipz. 1877).

Digitized by Google

la même solution pour tous les peuples et pour tous les temps. Un juriste de la Rome antique se serait moqué de PAPINIEN et de son principe: AFFECTUS *rationem habendam esse,* car il n'entendait encore rien aux intérêts visés par PAPINIEN, pas plus qu'un paysan de l'ancienne Rome n'eût compris la possibilité d'établir une servitude prédiale non seulement pour l'utilité, mais encore pour l'agrément (p. 172).

PAPINIEN, au contraire, aurait compris notre époque avec ses intérêts, car ils ne sont pas autres, dans leur essence, que ceux de son époque, c.-à-d. ceux d'un peuple à civilisation développée; et si notre époque a dépassé de loin la sienne par rapport aux organismes extérieurs qui servent la civilisation: librairie, presse, chemins de fer, télégraphes etc. la mesure servant à rendre justice aux intérêts qui s'y rattachent ne lui aurait point manqué. Cela seul aurait peut être excité son étonnement, qu'une jurisprudence qui se vante d'avoir été à l'école chez lui et chez les Romains, ait tenté de mettre en application, pour les intérêts à protéger juridiquement, une mesure qui reflète la conception de la vie d'un peuple inculte, qui avait pu suffire au peuple romain antique, mais qui à Rome même, à l'époque des juristes classiques, avait déjà été remplacée par un autre plus élevée et plus en rapport avec la civilisation de cette époque.

C'est ainsi que le cadre des intérêts du droit romain, tel que je l'ai tracé ci-dessus, peut être conservé sans difficulté, même aujourd'hui. Ma tâche consiste seulement à le remplir au moyen d'exemples correspondants tirés de notre vie actuelle. Je n'ai pas l'intention de donner plus que des exemples et ne veux point tracer une casuistique complète, fût-ce même approximativement. De simples exemples suffiront pour donner une idée claire des intérêts mis en jeu et pour esquisser un schème auquel chacun pourra aisément ajouter les cas que j'aurais ici omis.

26. On me permettra de faire au préalable quelques remarques sur la relation du contrat de vente avec la question qui

Digitized by Google

nous occupe. Pour ce contrat le droit romain ne connaît, que je sache, que la mesure de l'intérêt pécuniaire, et c'est à mes yeux une imperfection, un vestige de l'époque antérieure, qu'à mon sens, nous avons toute raison de répudier.

En effet, il me paraît incontestable qu'avec la reconnaissance de la valeur pécuniaire, il n'est pas toujours satisfait à l'intérêt de l'acheteur.

L'acheteur peut avoir à l'exécution du contrat de vente, un intérêt tout autre que celui de l'argent seul. Les contrats de livraison des « objets nécessaires aux besoins de l'armée » ou de la marine en temps de guerre ou des vivres néces- » saires pour éviter ou écarter une famine » (Code pénal de l'empire allem. § 329) ne sont pas autre chose, au point de vue du droit privé, que des contrats de vente ordinaires. Or, de leur prompte exécution dépend le bien et le salut de milliers d'hommes, peut-être le succès de toute une campagne militaire, et par cela même la sûreté de l'État. C'est à bon droit que notre code pénal a comminé des peines (peut-être trop douces encore) contre la non-exécution de ces contrats. A mon avis, en cas d'inexécution frivole d'un contrat de vente (p. ex. en cas de ventes successives), on devrait aussi accorder au juge civil, à la demande de la partie lésée, le droit de rendre justice au sentiment juridique lésé de cette dernière, en condamnant à une satisfaction pécuniaire. Que sert à l'acheteur d'obtenir la valeur pécuniaire de la chose, lorsque cette valeur n'est pas plus élevée, ou même est moins élevée que le prix convenu ? En fait une pareille protection pour le contrat n'en est pas une, il n'y a pas là un désavantage juridique qui puisse empêcher un homme d'affaires sans conscience de vendre à un second acheteur qui lui offre davantage, une chose qu'il a déjà vendue une première fois. La peine du double que les Romains ont avec tant d'intelligence, établie comme épouvantail dans une quantité de rapports serait certes, ici aussi, complètement à sa place. Si notre code l'établissait, il épargnerait au juge bien des diffi-

Digitized by Google

cultés et des doutes, et notre droit se verrait épargner le reproche d'assister impassible et impuissant à des actes injustes accomplis sans vergogne et en pleine connaissance de cause.

Le principal contrat auquel se rattachent presque toutes les questions d'intérêt douteuses de notre vie actuelle, est le contrat de louage, dans ses trois formes : *locatio rei*, *operarum*, *operis*. Nous relevons dans ce large champ d'application les espèces suivantes.

1. Location de maisons.

27. Examinons d'abord les réclamations du *locataire* pour inexécution du contrat de louage de la part du bailleur. Les causes normales de ces réclamations sont les suivantes :

Le retard dans la livraison de la maison, le défaut de mise en état de l'habitation incombant d'après la loi ou la convention au bailleur (p. 172).

La rétention d'une partie de la maison, p. ex. du jardin qui en fait partie.

Le trouble à l'usage de la maison, par des dispositions ou par des actes injustes du bailleur.

La rupture du bail conclu pour un terme déterminé, par suite de la vente anticipée de la maison.

Condamner dans ces cas le locataire à la preuve de son intérêt pécuniaire, l'action tendant à l'exécution matérielle de contrat étant insuffisante, c'est le laisser sans protection aucune et le sacrifier à l'arbitraire du bailleur. Je cite habituellement dans mes leçons, le cas suivant, comme exemple drastique de ce que peut produire le principe de l'intérêt pécuniaire. En vue d'une fête qui selon les prévisions amènera dans une ville une grande masse d'étrangers, une personne s'est assuré en temps utile des chambres pour elle et pour les personnes de sa famille, dans un hôtel de la localité. Dans l'intervalle, l'hôtelier, assailli de nombreuses demandes de logements, trouve occasion de louer les chambres pour un prix beaucoup plus élevé, et celui qui les avait retenues,

Digitized by Google

arrivant à une heure avancée de la soirée, avec l'omnibus de l'hôtel, se voit renvoyé, doit parcourir toute la ville avec femme et enfants pour trouver un logement et est finalement obligé, après avoir erré pendant des heures, de chercher un abri dans une auberge du dernier rang. Que décidera ici un juge qui mesure l'intérêt exclusivement d'après la valeur pécuniaire? Si le voyageur renvoyé a eu la chance de trouver un fiacre pour faire ses courses, ce juge condamnera au remboursement de la somme déboursée de ce chef; et si à cause de l'heure avancée le voyageur n'a plus pu trouver de voiture ce juge ne condamnera *à rien de tout*, car le lendemain matin le voyageur a eu en poche autant d'argent qu'au commencement de ses pérégrinations; il n'a pas souffert la plus minime diminution de son *patrimoine*. Et c'est un pareil résultat, qui brave tout sens juridique sain, que l'on essaie de défendre et que l'on va même jusqu'à préconiser comme une idée subtile du droit? J'aime mieux alors demander justice à un pacha turc qu'à une jurisprudence perfectionnée qui me laisse au dépourvu de cette façon et je veux être le premier à jeter toute la jurisprudence par dessus bord si pareille sottise doit être la vérité.

Il se fait parfois dans l'intérêt du *bailleur* des conventions qui n'ont pas, non plus, de valeur pécuniaire. Je citerai comme telles : la convention que le locataire ne pourra jamais faire de musique, ou qu'il ne pourra en faire après une heure déterminée, qu'il ne pourra organiser des bals dans la maison, ni tenir des chiens, ni sous-louer. Je renvoie pour ces cas, à ce qui a été dit ci-dessus (p. 149).

2. Engagement de domestiques.

28. La cuisinière quitte son service avant l'expiration du terme convenu; la bonne d'enfants n'entre pas. Les maîtres en éprouvent le plus grand embarras; madame est obligée de faire la cuisine, et monsieur de s'occuper des enfants. Quel secours leur offre en cette occurrence la théorie du droit commun de la valeur pécuniaire? Absolument aucun. Les

Digitized by Google

désagréments, pour elle, n'ont pas de valeur pécuniaire. Heureusement nous avons encore, dans la plupart des villes, des ordonnances sur les domestiques, qui remédient à l'absence de protection juridique à laquelle nous condamne cette théorie, mais ce que je soutiens c'est précisément que le droit nous doit son aide, et qu'une théorie qui nous la refuse, est foncièrement vicieuse et mauvaise. Elle ne peut invoquer le droit romain; je l'ai prouvé ci-dessus (p. 174); la L. 8 § 2 Rat. rem. (**46**-8) donne expressément un recours du chef des désagréments subis.

On fait souvent, dans les contrats d'engagement de domestiques, des conventions sur la nourriture, sur l'étendue ou l'espèce des services, sur les heures de liberté à donner aux domestiques, p. ex. le dimanche après midi, sur la permission de visiter leurs parents, d'assister aux offices religieux etc. Ces stipulations sont si essentielles pour les domestiques ou pour les parents ou tuteurs qui les engagent, que sans elles, dans beaucoup de cas, ils n'auraient pas contracté. Supposons maintenant que les maîtres ne respectent pas ces conventions, le droit ne donnera-t-il aucune protection contre eux? Je n'entends pas ici l'exécution par contrainte — elle arrive souvent trop tard — mais la réparation pécuniaire pour le passé. Qui ne voit que sans celle-ci la convention conclue n'est qu'un vain mot?

3. Conventions qui ont pour objet l'entretien, le logement et la nourriture, les soins médicaux, l'éducation, l'enseignement etc.

29. De ce nombre sont le placement d'un aliéné dans un établissement d'aliénés, d'un écolier dans une maison d'instruction, les conventions sur la prestation des logements militaires, les contrats avec le médecin pour la prestation de soins médicaux à prix fixe, en particulier les contrats des communes pour les soins à donner aux pauvres, ceux des compagnies des chemins de fer pour les soins médicaux à

Digitized by Google

donner à leur personnel, et le contrat de pension (logement et nourriture pour un prix fixé d'avance).

4. Conventions qui ont pour objet des intérêts artistiques ou scientifiques.

30. Je citerai les suivantes, à titre d'exemples.

Le contrat avec un éditeur. Que l'auteur ait stipulé ou non des honoraires, il ne s'agit pas simplement, pour lui, d'argent, mais aussi et parfois même uniquement de la publication de son œuvre, soit dans l'intérêt de son ambition personnelle, soit dans celui de la science. Envisager le contrat avec un éditeur exclusivement au point de vue de l'intérêt pécuniaire, c'est méconnaître complètement l'importance idéale de la littérature, la ravaler elle-même au rang d'une industrie et l'auteur à celui d'un serviteur à gages, dans le chef duquel le droit ne reconnaît et ne protège d'autre intérêt que le gain pécuniaire.

Ce qui est vrai du contrat d'édition comme tel, est vrai aussi, naturellement, des stipulations isolées de ce contrat p. ex. sur la forme du livre, sur les planches gravées à joindre, sur l'époque de la mise en vente etc.

La convention du peintre relativement à l'exposition de son tableau à la vitrine d'un marchand d'objets d'art ou à une exposition de tableaux.

La convention de l'auteur dramatique ou du musicien sur l'exécution de son drame ou de son opéra.

La convention de l'artiste dramatique sur l'attribution exclusive de certains rôles.

Toutes ces conventions ont pour but des intérêts vraiment vitaux des personnes qu'elles concernent, mais aucune de celles-ci ne serait en état, en cas d'inobservation de la convention, de libeller son intérêt pécuniaire avec précision et souvent aussi l'exécution par la contrainte sera impossible. Donc, ici encore, nous sommes forcés de reconnaître que le principe de l'intérêt pécuniaire ne répondrait aucunement aux exigences de notre civilisation, telle qu'elle s'est développée de nos jours.

Digitized by Google

Dans l'énumération qui précède, je me suis restreint à des exemples où le point de vue de l'intérêt pécuniaire est absolument exclu, et j'ai omis tous les cas dans lesquels la rupture du contrat affecte aussi l'intérêt économique. La rupture du contrat fait avec une chanteuse engagée en représentations, ou d'un professeur de français engagé dans une maison d'instruction cause un dommage au théâtre ou à la maison d'instruction, qui ont en vue de réaliser des bénéfices, et si même le montant du dommage économique ne peut être exactement évalué en argent, l'intérêt dont il s'agit n'en est pas moins avant tout un intérêt pécuniaire. L'erreur que pourrait ici commettre le juge, ne concerne point l'application du principe de la condamnation pécuniaire considérée en elle-même, mais uniquement sa *fausse* application, et malheureusement il n'arrive que trop souvent dans notre pratique allemande, qu'on exige strictement la preuve du montant de l'intérêt pécuniaire.

On peut citer également ici la promesse de récompenses pour des œuvres d'art ou de science, p. ex. les prix pour un drame, pour un quatuor. Les juges du concours, nommés par le fondateur, du moment qu'ils ont accepté leur mission, sont obligés d'attribuer les primes promises de la manière qui leur a été prescrite.

Leur jugement sur la *valeur* des œuvres présentées reste naturellement tout à fait libre et illimité, mais quant aux diverses *catégories* du concours, ils sont juridiquement liés par les instructions reçues et ne peuvent, par exemple, attribuer à une comédie le prix promis pour un drame. Ils sont *juridiquement* obligés de rendre leur jugement, aussi bien que l'était *l'arbiter* romain.

5. Conventions qui ont un but d'intérêt général.

31. A titre d'exemples je citerai la souscription ou l'envoi de fonds pour des personnes nécessiteuses, pour l'érection d'un monument, pour la création de fondations etc. Le rapport qui s'établit entre les personnes qui se mettent à la

Digitized by Google

tête de pareilles entreprises (comités) et les souscripteurs est un rapport de mandat, et d'après les textes indiqués ci-dessus (p. 168) sur le *mandatum aliena gratia*, il est incontestable qu'en cas de non-emploi des souscriptions, les souscripteurs ont non-seulement une action en restitution (*condictio ob causam datorum*), mais aussi l'action du mandat en exécution de leurs volontés.

Citons encore à titre d'exemples les contrats conclus par des comités de fêtes, pour la préparation des locaux destinés à recevoir les étrangers participant aux fêtes publiques (gymnastes, chanteurs, etc.), pour donner des soins, aux gares de chemins de fer, aux soldats en voyage, les contrats des sociétés de secours pour donner des vivres aux pauvres et ceux des comités d'embellissement aux parcs publics. La forme normale dans laquelle se réalisent, dans notre vie actuelle, ces efforts tendant à la poursuite ou à l'encouragement de buts d'utilité générale est la création de cercles ou de comités.

Les conventions qu'ils concluent ont ceci d'intéressant en droit que les membres du comité contractent à la vérité *en leur propre nom*, mais non dans leur propre *intérêt pécuniaire*.

Au nombre de ces conventions figure également la construction d'un *chemin de fer dans l'intérêt public*, qui a donné lieu à la présente étude.

CHAPITRE VI.

De la nécessité d'un intérêt dans le chef du créancier.

1. État de la question.

32. Je crois avoir dans ce qui précède suffisamment réfuté le dogme de la prétendue nécessité de la valeur patrimoniale

Digitized by Google

des prestations obligatoires. Mais il se présente encore deux autres questions :

1. Peut-on dans une convention poursuivre des intérêts étrangers (§ 1) ?

2. Dans l'affirmative, faut-il faire une exception pour les intérêts publics (§ 2) ?

§ 1. *Peut-on par convention poursuivre des intérêts étrangers ?*

33. On a soutenu que l'on ne peut conclure un contrat dans l'intérêt d'autrui, pas plus en nom propre qu'au nom d'autrui. Cette assertion est en contradiction avec les faits les mieux connus.

Tout *adstipulator*, tout *procurator*, à Rome, faisait la convention dans l'intérêt de son mandant; l'institution toute entière du *procurator* aurait été impossible chez les Romains, si cette circonstance avait formé obstacle à la validité du contrat; tout défendeur aurait pu objecter au *procurator* qu'il avait agi non point dans son intérêt propre, mais dans l'intérêt d'autrui.

En réalité, la simple conclusion du contrat par le *procurator* suffisait pour lui donner action. Dans quel but l'avait-il conclu ? Était-ce pour lui ou pour son mandant? conformément à ses instructions ou non? Quel emploi devait-il faire du produit de l'action? Tout cela concernait exclusivement ses rapports avec son mandant, dont le défendeur n'avait point à s'inquiéter. Que ces rapports fussent connus de l'autre partie lors du contrat, ou que le *procurator* lui-même les eût fait connaître, la seule chose décisive était la *forme* de la couclusion du contrat *en nom propre*. Notre droit actuel, comme on le sait, est allé plus loin encore dans la reconnaissance des contrats conclus pour des tiers, car il permet de conclure le contrat au nom du mandant. Il autorise la représentation directe. Mais cela n'exclut ni ne rend superflu la représentation indirecte. Or du moment que l'on reconnaît la

Digitized by Google

validité de cette forme de contrat il devient impossible de soutenir encore que l'on ne peut conclure des contrats que dans son intérêt propre.

Mais faisons abstraction, un instant, de la représentation, et voyons où nous mènerait la thèse que l'on ne peut conclure des contrats que dans son propre intérêt.

Qui dit intérêt au contrat dit but poursuivi par le contrat quant à la personne. Si le but poursuivi par le contrat se rapporte au contractant lui-même, il a contracté dans son propre intérêt; si le but se rapporte à un tiers, il a contracté dans l'intérêt d'autrui.

Quelqu'un achète un violon pour son neveu; peut-il exiger la délivrance? Non, d'après l'opinion adverse, car il ne l'a pas acheté pour lui. Le bailleur qui n'avait pas besoin de mettre la maison en état, mais qui s'y décide par bienveillance particulière pour le locataire, conclut avec divers artisans des conventions dans ce but. Ces conventions sont-elles obligatoires? Non, car ce n'est pas à lui, mais au locataire qu'elles doivent profiter. D'après cela, en particulier, tous les contrats ayant un but de libéralité envers un tiers seraient nuls et aucun contrat ne serait plus sûr. Quiconque voudrait en réclamer l'exécution devrait s'attendre à ce qu'on lui imposât la preuve de son intérêt propre; l'homme qui a de bons yeux, devrait justifier de l'intérêt qu'il a eu à acheter des lunettes; l'homme chevelu devrait établir pourquoi il a acheté une perruque, ou plutôt comme il n'a, dans son propre chef, aucun intérêt à l'exécution du contrat, il devrait être débouté de son action. L'égoïsme le plus sec serait ainsi l'unique motif qui trouverait grâce devant le droit, toute action pour d'autres serait supprimée par le droit; et l'égoïsme lui-même, pour se faire rendre justice, devrait établir d'abord qu'il ne s'est pas démenti et qu'il n'a pas exceptionnellement agi dans l'intérêt d'autrui.

En réalité, une pareille intrusion du but contractuel dans le cercle de l'appréciation judiciaire est complètement étran-

Digitized by Google

gère au droit, et d'après le droit romain en particulier, *du moment que le contrat est là pour témoigner de l'intérêt*, on ne demande à personne de le prouver. La seule conclusion du contrat vaut comme preuve de l'intérêt.

Je dis : du moment que le contrat est là pour en témoigner.

Par cette remarque je fais allusion aux conventions mentionnées ci-dessus (p. 184 et 195) qui donnent lieu ou non à une action selon que le stipulant *souffre* ou ne *souffre point* de la non-exécution, et qui exigent ainsi toujours la preuve d'un *intérêt*, mais non d'un intérêt patrimonial, comme nous l'avons vu.

De ces conventions ne donnant lieu à une action que d'une manière *hypothétique*, il faut bien distinguer celles qui y donnent lieu d'une manière *absolue*. Pour celles-ci il ne fallait *jamais*, d'après le droit romain, la preuve de *l'intérêt à la création de l'obligation* (qu'il ne faut pas confondre avec l'estimation de l'intérêt pour inexécution de *l'obligation*); la simple conclusion du contrat suffit déjà pour procurer l'action au stipulant. Au nombre de ces conventions sont toutes celles qui ont pour objet la prestation d'une *chose* — la *chose* présente toujours un intérêt; — ainsi l'action en *restitution* de ce qui a été donné du chef d'un prêt, d'un dépôt, d'un commodat etc. — ou *en délivrance* du chef d'une vente, d'un échange. De ce nombre est aussi la *locatio conductio* dans le sens romain, sous ses trois formes, comme *locatio rei, operarum, operis*. De même que celui qui a acheté une chose ne doit pas prouver au préalable qu'il a un intérêt à l'exécution du contrat, celui qui a loué une habitation, engagé une servante, ou donné une bâtisse en entreprise, ne doit pas prouver qu'il a un intérêt à réclamer l'exécution du contrat. La circonstance que de son côté il s'est obligé à une contreprestation prouve qu'il avait un intérêt au contrat; — la convention comme telle atteste hautement qu'elle constitue une affaire.

Il en est de même des contrats faits par un comité pour la construction d'un chemin de fer d'utilité générale. Si une

Digitized by Google

société de chemins de fer qui a confié la construction d'une ligne à un entrepreneur, ne doit pas justifier au préalable de son intérêt, un comité ne le doit pas davantage pour les contrats qu'il a conclus en vue de l'accomplissement de sa mission. Que ce soit un particulier, un gouvernement ou un comité qui a acheté, donné en prêt, conclu un contrat relativement à la construction d'un chemin de fer, je ne vois pas quelle différence cela peut faire. Dira-t-on : le comité ne l'a pas fait pour lui-même et dès lors le contrat est nul? Alors quiconque a conclu un contrat, même en son propre nom, mais dans l'intérêt d'un autre, doit s'attendre à la même objection : l'expéditeur de la part du voiturier, le commissionnaire de la part du vendeur ou de l'acheteur etc.; jamais le simple contrat ne suffira comme tel, mais le demandeur devra toujours commencer par justifier qu'il l'a aussi conclu dans son propre intérêt. Non seulement on abandonnerait ainsi le principe de l'autonomie, qui domine toute notre vie sociale, mais toute sûreté des relations civiles serait troublée, et la porte ouverte à la plus misérable chicane — car, même dans les contrats conclus dans son propre intérêt, le demandeur, si cela lui est contesté, devrait commencer par prouver cet intérêt — et le droit aurait ainsi rendu impossible toute représentation d'intérêts d'autrui. Chacun ne pourrait plus agir que pour lui-même.

Je conclus : l'*actio locati* en vue de l'exécution d'une *locatio conductio operis* n'exige pas plus pour être fondée la preuve d'un intérêt, que l'*actio emti* en exécution du contrat de vente ; la question de savoir dans l'intérêt de qui ces deux contrats ont été conclus n'est pas soumise au juge; celui-ci doit se contenter d'imposer au défendeur l'exécution du contrat lorsqu'il avoue l'avoir conclu.

§ 2. *Les intérêts que l'on poursuit dans la conclusion d'un contrat peuvent-ils être d'utilité générale?*

34. Il résulte des développements qui précèdent que dans

Digitized by Google

les contrats de l'espèce indiquée, le demandeur peut réclamer la prestation convenue sans devoir s'expliquer sur le point de savoir si cette prestation doit profiter à lui-même ou à d'autres. Le but poursuivi par le contrat constitue seulement un *motif* de la conduite du demandeur, sur lequel il peut refuser toute explication au défendeur, et non un élément de son droit. S'il en est ainsi, on n'aperçoit point quelle influence aurait la circonstance que le but est vraisemblablement ou ouvertement *d'utilité générale* ou *publique*. Le but n'a en principe rien à voir avec le contrat; le contrat de vente reste contrat de vente, même lorsqu'il porte sur un vaisseau de guerre que l'acheteur a l'intention de mettre à la disposition du gouvernement. D'après la théorie de nos adversaires, le constructeur de navires qui a entrepris la construction de ce vaisseau pourrait opposer au demandeur qu'un vaisseau de guerre ne présente point d'intérêt pour un simple particulier. La circonstance qu'il y a des organes spéciaux institués pour la gestion des intérêts publics exclut si peu une coopération des particuliers, des corporations et des sociétés pour les mêmes buts, qu'au contraire le gouvernement a toute raison d'accueillir cette coopération avec reconnaissance. Il faut fermer volontairement les yeux pour ne point voir dans quelle large mesure notre État moderne est aidé par l'activité des sociétés, dans ses efforts pour le bien public, et combien de charges cette activité supprime complètement ou du moins allège d'une manière essentielle. L'État, lorsqu'il se forme une société de bienfaisance, ira-t-il lui dire : le soin des pauvres m'appartient à moi ou à la commune; qu'avez-vous, vous particuliers, à vous en inquiéter? Quiconque veut donner au développement de notre administration publique dans ces derniers siècles un seul moment d'attention, trouvera que toute une série de charges sociales que l'État a aujourd'hui prises en mains ont été originairement supportées par la voie de la libre association : l'enseignement par des comités scolaires, le soutien

Digitized by Google

des pauvres par des sociétés de secours, la construction de rues, l'érection de digues etc.

Et ce serait à ces efforts si puissamment efficaces pour la prospérité de la chose publique que le droit opposerait un veto ? Il dirait aux particuliers qui consacrent leur temps, leurs peines, leur argent à des buts d'utilité générale : occupez-vous de vos affaires et non des affaires publiques ?

J'ai vainement cherché jusqu'ici un droit qui contienne un pareil principe et il serait difficile à nos adversaires d'en découvrir un. En tout cas ils ne devraient point le chercher dans le droit romain, car bien loin d'avoir pris une attitude hostile à la libre action de l'esprit de communauté, il a au contraire, comme nous l'avons montré ci-dessus (p. 169) par un grand nombre d'exemples, donné à cet esprit un encouragement et un soutien qui dépasse encore de loin tout ce qu'a fait notre droit actuel.

Et pour préciser davantage, le droit romain connaît-il une seule règle qui refuse l'efficacité à une convention conclue dans un intérêt général ou public, précisément à cause de cet intérêt? L'esprit public, à Rome, se manifestait souvent, comme on le sait, dans l'exécution de bâtiments publics : temples, cirques, théâtres, statues, etc. Supposons qu'un de ces grands de Rome dont l'histoire nous a conservé des traits pareils de libéralité grandiose et vraiment utile, eût fait accord pour la bâtisse (*locatio operis*) avec un entrepreneur ou avec une société de construction, et se fût vu obligé d'intenter une action; quel est le préteur ou le juge romain qui eût accueilli l'exception du défendeur, soutenant que le demandeur avait contracté non dans son propre intérêt, mais dans l'intérêt général? En temps de guerre il arrivait, à Rome, que des particuliers riches ou des associations (p. ex. les sociétés de publicains) armaient des vaisseaux de guerre et les plaçaient à la disposition de l'État. Ici le but du contrat dépassait la simple utilité générale dans le sens indiqué; il rentrait dans la sphère des

Digitized by Google

charges exclusives de l'État. En pourrait-il être autrement chez nous? Je ne connais aucune règle du droit qui ait sur ce point modifié le droit romain. La règle que dans les conventions produisant une action d'une manière absolue (p. 208) on a égard non point au but poursuivi par le contrat, mais seulement à la conclusion même de celui-ci, n'a été nulle part mise hors d'application pour les buts d'utilité générale, et la vie actuelle offre des exemples en masse de pareilles conventions conclues dans un intérêt général. Il me suffira d'en citer un seul. Un comité d'embellissement conclut avec un jardinier une convention pour l'établissement d'un parc public (*locatio conducti operis*), avec un marchand de fer pour la livraison de bancs en fer destinés à garnir le parc (*emtio venditio*), avec un banquier pour le dépôt en compte courant des souscriptions recueillies (*mutuum*). Y aurait-il un juge qui, si le comité se voyait obligé d'intenter une action contre ces personnes, l'en débouterait par le motif que le comité a conclu ces conventions non pas dans son intérêt propre, mais dans un intérêt général et que, pour veiller à ce dernier, il existe des organes spéciaux?

Digitized by Google

Digitized by Google

VIII. — POSSESSION (1). Théorie simplifiée et mise à la portée de tout le monde (1890).

SOMMAIRE.

1. La possession comme objet d'un droit.
2. La possession comme condition de la naissance d'un droit.
3. La possession comme fondement d'un droit.
4. Rapports possessoires non protégés.
5. Motif législatif de la protection possessoire.
6. La possession est un droit.
7. Place de la possession dans le système du droit.
8. Naissance et extinction de la possession.
9. Appropriation corporelle de la chose.
10. Possession des droits.
11. Transformation de la possession dans le développement du droit môderne.
    a) Possession des choses.
    b) Possession des droits.
12. Bibliographie.

---

(1) Extrait de : *Handwörterbuch der Staatswissenschaften* de CONRAD, ELSTER, LEXIS et LOENING, Tome II, Jena 1890.

Digitized by Google

Digitized by Google

1. *La possession comme objet d'un droit.*

Un des signes par lesquels le juriste se distingue de tout autre homme est la différence tranchée qu'il établit entre les notions de possession et de propriété. Très souvent, dans le langage commun, on emploie ces expressions comme équivalentes. On parle de rétention, de restitution de la propriété, là où, dans le langage du juriste, il faudrait parler de rétention ou de restitution de la possession. On parle de grandes possessions foncières, de possesseurs de biens-fonds, etc., quand il s'agit de la propriété, et cette confusion se rencontre également chez les Romains. Dans le langage de la vie, ils se servaient du mot *possessores* pour désigner les propriétaires fonciers. On peut conclure de cette habitude du langage qu'à peu de chose près la possession et la propriété se couvrent, quant à leur manifestation extérieure dans la vie. Et en réalité, il en est ainsi. Régulièrement le possesseur d'une chose en est en même temps le propriétaire; régulièrement le propriétaire est en même temps le possesseur, et aussi longtemps que subsiste le rapport normal, il est inutile d'établir une distinction. Mais, dès que la possession et la propriété se séparent, le contraste éclate aussitôt avec une évidence telle qu'il ne peut échapper, même au non-juriste. Il est évident, même pour l'esprit le plus simple, que l'enlèvement violent ou clandestin d'une chose mobilière ne fait point perdre la propriété au propriétaire, et celui-là même qui, de sa vie, n'aurait entendu parler du possesseur ni du propriétaire serait capable de préciser *en fait* la position différente de l'un et de l'autre avec une exac-

Digitized by Google

titude si parfaite qu'il ne lui resterait plus qu'à apprendre du juriste que dans le langage de celui-ci, l'une s'appelle la propriété et l'autre la possession. Pour refuser à l'un le droit de garder la chose, et pour accorder à l'autre le droit de la ravoir, le non-juriste a dû comprendre que le rapport de ces deux personnes quant à la chose est entièrement différent et il ne lui serait pas difficile d'exprimer la différence avec une exactitude parfaite. En fait, dirait-il, la chose se trouve entre les mains de l'un; — voilà la possession, dirait le juriste; — mais, en droit, elle appartient à l'autre comme auparavant; — voilà la propriété, dit le juriste : le conflit se meut entre le non-propriétaire qui possède et le propriétaire qui ne possède point.

Le fait et le droit, telle est donc l'antithèse à laquelle se réduit la distinction entre la possession et la propriété. La possession est le pouvoir *de fait*, et la propriété le pouvoir *de droit* sur la chose. L'une et l'autre peuvent se rencontrer dans le chef du propriétaire, mais elles peuvent aussi se séparer.

Cela peut arriver de deux manières. Ou bien le propriétaire transfère à un autre la possession seule, en gardant la propriété, ou bien la possession lui est enlevée contre son gré. Dans le premier cas, la possession est *juste* (*possessio justa*) et le propriétaire lui-même doit la respecter; dans le second cas, elle est *injuste* (*possessio injusta*), et il peut y mettre fin par une action en justice.

De ce qu'il a cette faculté, il résulte qu'il a le *droit de posséder*. Dans son chef donc, la possession n'a point, comme dans le chef du possesseur injuste, le caractère d'un rapport de pur fait, mais celui d'un rapport juridique; la possession du propriétaire a derrière elle le droit de posséder (*jus possidendi*).

L'importance pratique que présente pour lui ce droit est évidente. L'utilisation économique de la propriété a pour condition la possession.

Digitized by Google

La propriété sans la possession serait un trésor sans la clef pour l'ouvrir, un arbre fruitier sans l'échelle nécessaire pour en cueillir les fruits. L'utilisation économique consiste, selon la nature diverse des choses, dans l'*uti, frui, consumere*.

Le propriétaire peut la réaliser lui-même (utilisation *immédiate* ou *réelle*) ou la céder, soit pour de l'argent (louage, vente, échange) soit gratuitement (prêt, donation), à d'autres personnes (utilisation *médiate* ou *juridique*), et il faut ranger dans cette seconde catégorie la concession conditionnelle du droit de vendre, sous forme d'hypothèque.

Tous ces actes ont pour condition la possession.

Celui qui n'a point une chose, ne peut la consommer, ni en user, ni en percevoir les fruits, et si la *conclusion* de conventions (obligatoires) tendant à la cession de l'*uti*, *frui* ou de la propriété à d'autres personnes ne suppose point l'existence actuelle de la possession, la *réalisation* de ces conventions, par l'*exécution*, l'exige.

D'après le droit romain et d'après le droit commun actuel, cela est vrai même du transfert de la propriété, lequel ne peut s'effectuer qu'au moyen du transfert de la possession. Il en résulte que le propriétaire privé de la possession se trouve paralysé quant à l'utilisation économique de sa propriété. La possession comme telle n'a aucune valeur économique. Elle n'en acquiert une que parce qu'elle rend possible l'utilisation économique (de fait ou de droit) de la chose, quand bien même celle-ci ne consisterait, comme pour un tableau, que dans la simple vue. Si un tableau m'était livré dans une caisse fermée, la possession en serait dépourvue de toute valeur pour moi. La possession sans profit possible, serait la chose la plus vaine du monde. Sa valeur consiste uniquement dans la fonction indiquée : c'est un *moyen d'atteindre un but*.

Il suit de là qu'enlever la possession c'est paralyser la propriété, et que le droit à une protection juridique contre la dépossession est un postulat absolu de l'idée de propriété.

Digitized by Google

Celle-ci ne peut exister sans cette protection et partant il n'est pas nécessaire de rechercher un autre fondement de la protection possessoire ; elle découle de la propriété.

Mais le droit romain a donné au droit de posséder du propriétaire une extension infiniment plus large que celle qui apparaît dans le cas ci-dessus, où l'on n'aperçoit que l'antithèse de la possession et de la propriété réduites à leur expression la plus simple. Le droit romain donne au propriétaire le moyen de reprendre la possession des mains de tout individu chez lequel il trouve sa chose, et quelle que soit la manière dont cet individu en a reçu la possession. Ce moyen, qui consistait à l'époque la plus ancienne, en un acte solennel de recours à la force privée, et qui n'aboutissait à une instance judiciaire qu'en cas de résistance, c'est la *rei vindicatio*. Elle renferme le signe particulier de la notion romaine de la propriété, comparée à l'aspect qu'elle revêt dans le droit des autres peuples. Plus que partout ailleurs, on y trouve l'idée que se faisaient les Romains de l'importance de la possession pour la propriété. Propriété et droit à la possession sont synonymes. Pour se faire restituer la possession, le propriétaire n'avait qu'à prouver la propriété dans son chef, c.-à-d. un des modes d'acquisition légalement prévus, et l'existence de la possession dans le chef du défendeur. La propriété et la possession se mesurent ici sans mélange d'aucun autre élément, je dirais presque dans toute la pureté de leur principe, et voilà ce qui distingue cette lutte pour la possession, du différend signalé tout à l'heure, où l'on rencontre en outre, dans le chef du défendeur, l'élément de l'injustice subjective qui fait défaut ici. A raison de cet élément, l'auteur de l'injustice *reste tenu* même s'il cesse de posséder. Pour que l'action soit recevable il ne faut point que le défendeur ait encore la chose en mains, tandis que la revendication, basée uniquement sur le fait qu'un autre possède, suppose l'existence de la possession *au moment de son intentement*.

Digitized by Google

Les explications qui précèdent n'ont pas encore effleuré l'importance juridique particulière qui s'attache à la possession comme telle, dans le droit romain et dans toutes les législations modernes qui en dérivent. Nous avons considéré le possession dans son rapport avec la propriété, et pouvons nous résumer dans les propositions suivantes :

1. La possession est indispensable au propriétaire pour l'utilisation économique de sa propriété.

2. Il en résulte que la notion de propriété entraîne nécessairement le droit du propriétaire à la possession.

3. Ce droit ne saurait exister si le propriétaire n'était protégé contre l'enlèvement injuste de la possession. — La protection juridique contre toutes les atteintes injustes à la possession du propriétaire, consistant dans l'enlèvement ou dans le trouble de cette dernière, forme un postulat absolu de l'organisation de la propriété.

4. La question de savoir, si à l'exemple du droit romain la protection du droit de posséder du propriétaire doit être étendue même contre les tiers possesseurs est pour le législateur une question ouverte qu'il peut décider et qu'il a décidée dans l'un ou dans l'autre sens.

Ce droit de réclamer la restitution de la possession contre les tiers, le droit romain l'a, plus tard, étendu de la propriété à d'autres droits. Il a étendu la *rei vindicatio* (comme *utilis vindicatio* ou *in rem actio*) à d'autres personnes que le propriétaire. Telles sont en première ligne, les personnes auxquelles le propriétaire lui-même, sans se dépouiller du reste de sa propriété, a accordé le droit d'utiliser la chose, soit pour leur procurer la jouissance économique de propriétés bâties ou de biens ruraux (*superficies, emphyteusis*, l'une et l'autre concédées à perpétuité ou pour un long terme), soit en sûreté du paiement de leurs créances (hypothèque avec le droit de vendre éventuellement la chose, *pignus*, *hypotheca*). Outre ces personnes, dont le juriste caractérise la position juridique en leur attribuant un *jus in re*, l'action

Digitized by Google

a été accordée d'une manière plus restreinte (comme *actio publiciana*) au *bonae fidei possessor* ou possesseur de bonne foi (propriétaire putatif), c.-à-d. à celui qui, sans être propriétaire en réalité, a néanmoins toute raison de se croire propriétaire, parce qu'il a acquis la chose par un mode propre à lui en procurer la propriété, mais dont l'effet ne s'est pas réalisé dans son chef, par suite d'obstacles particuliers qui lui sont restés inconnus. Inutile dans un conflit avec le propriétaire ou les personnes qui lui sont assimilées, l'action lui rend, vis-à-vis de tous autres, le même service qu'au propriétaire et aux personnes qui lui sont assimilées ; elle remet entre ses mains la chose perdue.

Tous ces rapports se rattachent à la propriété dont les *jura in re* sont des ramifications, et la *bonae fidei possessio* un reflet. Chez tous se reproduit l'idée fondamentale de la propriété : le droit à la restitution de la chose trouvée entre les mains d'autrui, le retour de la possession à l'ayant droit, l'invocation du *jus possidendi* contre ceux qui ne l'ont point.

L'importance de la possession consiste à être le contenu de ce *jus possidendi*. La possession est le contenu ou l'objet d'un *droit*. Si elle n'avait pas d'autre importance, elle n'offrirait au point de vue du droit, qu'un bien mince intérêt, car toutes choses, par exemple aller à pied ou en voiture, puiser de l'eau, fournir des services, peuvent être l'objet d'un droit.

A ce compte, une définition de la possession ne serait pas plus nécessaire pour le juriste, que celle de tous ces autres actes, mais il s'en faut de beaucoup que nous ayons la tâche aussi facile.

La possession, en effet, doit encore être considérée à deux autres points de vue. D'abord elle est la condition de la naissance de certains droits, et ensuite, elle accorde par elle-même et indépendamment de tout droit, la protection possessoire (*jus possessionis* par opposition au *jus possidendi*) ; elle est la base d'un droit.

Digitized by Google

2. *La possession comme condition de la naissance d'un droit*. La persistance de la propriété une fois acquise n'est pas liée à celle de la possession. Le propriétaire conserve sa propriété même après avoir perdu la possession. Or la propriété étant ainsi, en principe, indépendante de la possession, on ne voit point pourquoi, pouvant continuer sans possession, elle ne pourrait pas également naître sans possession, pourquoi, par conséquent, une simple convention sans remise de la possession ne pourrait point suffire pour transférer la propriété. Néanmoins, le droit romain exige à cet effet l'acte de la tradition, et malgré de nombreuses dérogations, cette règle s'est maintenue jusqu'à nos jours.

L'idée qui l'a inspirée saute aux yeux. Pour naître, la propriété doit se manifester dans sa pleine réalité; or cette réalité c'est précisément la possession, laquelle est indispensable pour la réalisation du but de la propriété. La propriété ne naît sans possession que dans l'acquisition à titre successif, hérédité ou legs. Entre vifs, la possession est indispensable pour arriver à la propriété.

L'acquisition de la propriété des choses sans maître (*occupatio*) a également pour condition l'appropriation de la possession, et il en va de même de l'acquisition de la propriété des fruits de la part du fermier (*fructus perceptio*).

Dans tous ces cas la possession n'a que l'importance *d'un point de transition momentané* vers la propriété. Sa perte survenant immédiatement après ne porte pas la moindre atteinte à la propriété une fois établie. Seulement ce n'est pas la simple possession comme telle qui engendre ici la propriété; il faut en outre que les autres conditions exigées par le droit soient réunies.

Tandis que la possession n'a ici que la valeur d'un *point* de transition momentané vers la propriété, qu'elle n'est considérée que comme *acte*, il y a un autre mode d'acquisition de la propriété où elle prend l'aspect d'un *stade* de

Digitized by Google

transition, d'un *état* durable. C'est l'usucapion. Ici également, il ne suffit point de la simple possession comme telle, mais il faut qu'il s'y joigne certaines conditions (dont l'ensemble forme la *conditio usucapiendi*), les mêmes auxquelles est attachée la protection juridique du *bonae fidei possessor* contre les tiers dont il a été question tout à l'heure. La prescription reflète de nouveau l'étroite corrélation qui existe entre la possession et la propriété. La possession apparaît une fois de plus, ici, comme la porte qui mène à la propriété; seulement le chemin est plus long, faute des conditions qui se rencontrent dans l'autre cas.

Dans la théorie de la possession, la doctrine ne traite point des cas où la possession apparaît comme condition de l'acquisition de la propriété. Elle les renvoie à la théorie de la propriété, et c'est à bon droit. En effet, la possession ne forme ici que l'une des multiples conditions auxquelles est attachée la naissance du droit et elle ne devrait être traitée à cette place que s'il n'y avait pas d'autre occasion de s'expliquer à son sujet. Cette occasion est fournie par ce fait que, dans le droit romain, la possession a pris l'aspect d'une institution juridique indépendante.

3. *La possession comme fondement d'un droit.* Le possesseur, comme tel, est protégé contre toute atteinte (trouble ou enlèvement) à son rapport possessoire. Cela suffit à caractériser la place que la possession occupe dans le droit, comme institution indépendante. L'idée fondamentale de toute la théorie possessoire est le *jus possessionis*, c.-à-d. le droit du possesseur de se prévaloir de son rapport possessoire jusqu'à ce qu'il se rencontre quelqu'un qui l'en déloge par la preuve de son *jus possidendi*, et sans qu'il doive lui-même prouver son propre *jus possidendi*. On se demande avec étonnement ce qui peut avoir déterminé les Romains à accorder la protection du droit à ce pur fait qui ne peut alléguer en sa faveur que lui-même. La question a donné beaucoup de mal à nos juristes et les opinions s'écartent ici bien loin les

Digitized by Google

unes des autres. La réponse ne peut être puisée que dans la forme que le *droit romain* a donnée à cette protection de la possession, et je la résume ici à grands traits.

La connaissance exacte de la forme particulière donnée à la protection possessoire dans la procédure romaine ne présente aucun intérêt pour les gens étrangers au droit, et il suffira ici de dire que c'était un ordre (*interdictum*) émané du Préteur à la requête d'une partie et adressé à l'autre, ordre qui n'avait force obligatoire pour cette dernière, que lorsque les conditions auxquelles il était subordonné, étaient réunies. Dans tous les ordres prétoriens de ce genre, le magistrat qui les donnait ne recherchait point si ces conditions se trouvaient ou non réunies. C'était l'objet de l'instruction ultérieure par le juge, laquelle n'avait lieu que s'il n'était pas donné suite à l'ordre. L'ordre n'était donc pas absolu; il était sous réserves en ce sens que les conditions auxquelles il était subordonné devaient être établies. Cette forme qui était employée par le Préteur pour un grand nombre d'autres rapports, trouvait un emploi tout spécial dans la possession. C'étaient les *interdicta possessoria* dont les Romains distinguent trois espèces. Pour décider le défendeur à obéir sur le champ, sans procédure ultérieure, on comminait contre lui des peines sévères pour le cas où il succomberait, et l'on peut admettre que dans tous les cas où le droit du demandeur était incontestable, l'ordre atteignait son but. On n'en arrivait en règle générale à une procédure ultérieure que lorsque le rapport possessoire était douteux, et dans ce cas, si le demandeur succombait, la peine retombait sur lui. Il pouvait en coûter cher d'intenter ou de soutenir à la légère une instance possessoire.

Mais, demandera l'homme étranger au droit, comment pouvait-il y avoir contestation sur le point de savoir laquelle des deux parties possédait, puisque l'existence de la possession se constate au premier coup d'œil? Ici intervient la théorie possessoire particulière au droit romain, qui exige

Digitized by Google

une qualification particulière pour que la possession participe à la protection juridique, et qui distingue en conséquence deux espèces de possession : la possession *juridiquement protégée* et la possession *juridiquement dépourvue de protection*. Dans notre langage actuel, la première s'appelle la *possession juridique* (les Romains l'appelaient *possessio* tout court, ou *possidere ad interdicta* par opposition au *possidere ad usucapionem* du *bonae fidei possessor)*. La seconde, dans notre langage actuel, reçoit le nom de *possession naturelle* ou *détention*. Les Romains se servent pour ce cas de plusieurs expressions qui n'ont point d'intérêt pour les gens étrangers au droit, et parmi lesquelles je me bornerai à citer *possessio naturalis* et *detentio*, parce que c'est là la source des expressions modernes. La possession *vicieuse (vitiosa possessio)* occupait le milieu entre ces deux espèces de possessions ; elle exprimait le rapport du possesseur *injuste* (*possessor injustus*) vis-à-vis du possesseur *juste* (*justus*). Celui qui se trouvait dans ce rapport avec le possesseur antérieur, et je citerai comme exemple principal le cas de la dépossession violente, trouvait pleine protection contre toutes autres personnes, et prenait à l'égard de ces dernières la position de *possesseur*, mais vis-à-vis du possesseur juste la protection juridique lui était refusée, peu importe que l'action possessoire fût intentée par lui ou par l'adversaire; il n'avait vis-à-vis de celui-ci que la position du détenteur. Le vice de la possession (*vitium possessionis*) n'avait donc qu'une importance relative. Dépourvu de toute influence vis-à-vis de toutes autres personnes, il restreignait ses effets au rapport existant entre le possesseur juste et le possesseur injuste. Le premier avait vis-à-vis du second le droit de se faire justice à lui-même, tout aussi bien que vis-à-vis du détenteur possédant en son nom (v. n° 4) ; il pouvait, de sa propre autorité, lui reprendre la possession, pourvu que ce ne fût pas à main armée (*vis armata*, par opposition à la violence permise : *vis simplex* ou *quotidiana*).

Digitized by Google

S'il se heurtait à une résistance, il réclamait l'autorisation de la justice et elle lui était accordée par l'une des trois espèces d'interdits possessoires, à savoir par les *interdicta* RETINENDAE *possessionis*, dont l'idée fondamentale était que le *véritable* possesseur a le droit de se faire justice à lui-même, et qui intimaient défense, de la part de l'autorité, de lui opposer de la résistance (*vim fieri veto*). Bien loin d'interdire l'usage de la violence en matière possessoire, ainsi qu'on l'a admis, ils contenaient au contraire l'autorisation officielle de s'en servir. Ils se rattachent à l'antique idée romaine que l'ayant droit peut faire valoir son droit de sa propre autorité, et qu'il ne doit réclamer le secours de l'autorité publique que lorsqu'il se heurte à une résistance, auquel cas l'adversaire dont la résistance vient à être établie, est frappé d'une peine. Notre point de vue moderne que tout individu qui a un droit contre un autre, doit avant tout suivre les voies du droit, était absolument inconnu aux Romains de l'époque ancienne. Abstraction faite de certains rapports particuliers, qui, à raison de leur caractère douteux, devaient être soumis à la décision du juge, et dans lesquels la demande d'un juge était spécialement indiquée comme particularité de la procédure à suivre (*legis actio per judicis postulationem*), le Romain était convaincu de la légitimité de sa justice privée. Cela résulte avec une évidence incontestable de ce que, dans les trois formes les plus importantes de la procédure ancienne, l'accomplissement de l'acte de justice privée dans les formes solennelles prescrites par la loi, était la condition préalable de l'introduction de l'instance judiciaire. Ces formes mêmes y avaient puisé leurs noms (*legis actio per vindicationem, per manus injectionem, per pignoris capionem*).

La protection possessoire se rattache également à cette antique idée romaine. Il n'est pas défendu, même au possesseur naturel, au détenteur, de se maintenir en possession en faisant usage de violence, sauf une restriction relative,

Digitized by Google

que je mentionnerai plus loin, à propos de la détention, à savoir qu'il ne pouvait en agir ainsi vis-à-vis de celui dont il tenait sa possession. Il n'y a là qu'une conséquence du principe tout à fait général que la violence peut être repoussée par la violence (*vim vi repellere licet*), dans son application spéciale au rapport possessoire. Mais il faut distinguer avec soin de cet emploi de la violence dans le but de *défendre* soi-même sa possession, c.-à-d. de maintenir le rapport *existant*, l'emploi de la violence dans le but de *se faire justice*, c.-à-d. dans le but de *récupérer* la possession perdue en fait. Ce dernier est le privilège du possesseur *juridique*. Lui seul peut réussir par la voie de droit destinée à l'assurer. Si le possesseur naturel l'intente, il se voit débouter. Il faut qu'à sa place agisse celui pour lequel il possède. De même, l'*injustus possessor* est repoussé lorsqu'il agit contre le *justus possessor*, car au point de vue de leurs rapports réciproques, ce n'est pas à lui, mais à ce dernier seul, qu'appartient le droit de justice privée.

4. *Rapports possessoires non protégés.*

Les choses sur lesquelles un droit de propriété n'est pas possible ne peuvent être l'objet de la possession dans le sens juridique, et il faut appliquer la même règle aux personnes qui ne peuvent être propriétaires (à Rome, les esclaves et les fils de famille). *Où la propriété n'est pas possible, objectivement ou subjectivement, la possession ne l'est pas non plus.* La possession et la propriété marchent la main dans la main; l'inaptitude de la personne ou de la chose quant à la propriété implique leur inaptitude quant à la possession.

A ce motif d'exclusion de la possession, qui n'a plus grande importance aujourd'hui, s'en ajoute un autre infiniment plus important qui a conservé toute sa valeur. Dans certains cas où le propriétaire a contractuellement abandonné la chose à un autre, sous réserve de la rendre ultérieurement, avec ou sans conditions — cas que je réunis sous le nom de rapports

Digitized by Google

de *possession dérivée* — le droit romain accorde la possession à certains détenteurs temporaires (p. ex. au créancier gagiste, à l'emphytéote ou fermier héréditaire), et la refuse à d'autres (p. ex. au fermier, au locataire ordinaires). Le refus de la possession, dans ces cas, est bien fait pour exciter notre étonnement. Celui qui s'est injustement emparé de la possession d'une chose, tel que le voleur, le brigand et celui qui s'est procuré par violence la possession d'un immeuble, obtiennent la protection du droit; celui qui l'a obtenue d'une manière juste n'est pas protégé; il est, quant à son rapport possessoire, destitué de tout droit, non seulement vis-à-vis des tiers, mais même vis-à-vis de celui qui s'est contractuellement obligé de lui laisser la chose pendant la durée du bail à ferme ou à loyer. Si elle lui est réclamée avant l'expiration du bail, il doit la restituer, sinon il se rend coupable d'une dépossession qu'il doit expier chèrement. Sans doute il peut ensuite intenter l'action du *contrat* et réclamer des dommages-intérêts, mais il doit restituer la chose même sans opposition ; le bailleur a contre lui le droit de se faire justice à lui même et au besoin d'agir contre lui au possessoire. Les juristes romains donnent comme explication que le fermier possède pour le bailleur, en son nom (*alieno nomine possidere*), qu'il n'a point une possession propre, mais seulement l'exercice de la possession d'autrui. Cette considération s'impose au point de vue de ce que l'on appelle la construction juridique, mais n'explique en aucune manière l'aspect réel des choses. En vue d'y parvenir, la théorie romaniste s'est engagée dans la voie des déductions logiques. Pour la possession, dit-elle, il faut dans le chef du possesseur la même volonté que dans le chef du propriétaire (*animus domini*). Cette volonté existe chez le propriétaire réel, et aussi chez le propriétaire putatif et chez le propriétaire prétendu, c.-à-d. chez celui qui, au mépris de la propriété, s'est emparé de la chose d'autrui, tel que le voleur, le brigand et en fait d'immeubles, chez le *dejiciens*. Elle n'existe pas, au contraire,

Digitized by Google

chez celui qui dérive sa possession du propriétaire et par cela même reconnaît la propriété d'un autre.

Par rapport à la possession, il joue simplement le rôle d'un représentant qui veut tenir la chose, non pour lui-même, mais pour le propriétaire. Il est aisé de voir combien on fait ici violence à la notion de la représentation, car, en réalité, le fermier n'a pas l'intention de tenir la chose pour le bailleur, mais bien pour lui-même. L'idée de la représentation en matière de possession n'est exacte que là où l'on a reçu la chose exclusivement dans l'intérêt de celui qui l'a donnée, p. ex. pour la garder (*depositum*), pour la livrer à un autre (mandat), dans les rapports de maître à domestique, bref dans la possession *par procureur*, comme je l'appelle. Que l'on refuse dans ces cas, à celui qui tient la chose, toute protection possessoire contre le maître de la possession, c'est ce qui résulte invinciblement de la dépendance nécessaire du représentant vis à vis de son maître ; le système contraire lui accorderait une indépendance qui ne se concilie point avec le but du rapport. Mais dans les cas où la chose est donnée à celui qui la tient, pour lui-même — je les désigne tous sous le nom de possession *intéressée* — l'idée d'une représentation n'est pas exacte. Nous avons à faire ici à une disposition du droit romain que l'on ne peut déduire par voie de conséquence juridique et que nous devons plutôt chercher à justifier par des motifs pratiques. Ajoutons à cela que dans une quantité de cas de possession intéressée, le droit romain accorde la possession au lieu de la détention qui résulterait de la théorie de l'*animus domini* et l'on aura ainsi la preuve qu'il ne s'est pas laissé guider par le point de vue que lui attribue la théorie.

En réalité ce sont des considérations pratiques qui ont ici fait pencher la balance. Je les ai exposées d'une manière approfondie dans mon livre sur le *rôle de la volonté dans la possession*, Tr. fr. Paris 1891, nos XVI-XVII.

Dans les rapports entre bailleurs et locataires ou fermiers,

Digitized by Google

l'absence de protection possessoire du preneur devait conserver au propriétaire la possibilité de le mettre dehors en tout temps et cela dans un double intérêt : d'abord pour pouvoir mettre à profit pendant la durée du bail une occasion favorable de vendre, et ensuite pour pouvoir se débarrasser en tout temps d'un fermier incapable ou d'un locataire querelleur ou désagréable.

La privation de la protection possessoire ne prive pas cependant de tout droit le simple détenteur. Abstraction faite du droit de se maintenir lui-même en possession qui ne lui est pas refusé, même à lui (p. 223), le droit romain lui accorde du chef des atteintes à sa possession (trouble ou dépossession) plusieurs actions; seulement ce ne sont pas les actions possessoires proprement dites. Il suit de là que celles-ci ont une nature particulière et c'est ce que nous allons expliquer.

5. *Le motif législatif de la protection possessoire.* S'il est étonnant que le droit romain refuse la protection possessoire au fermier et au locataire, il n'est pas moins étonnant qu'il la reconnaisse au possesseur injuste. Pourquoi? SAVIGNY répond, et son opinion peut encore être considérée aujourd'hui comme dominante : dans l'intérêt du maintien de la paix et de l'ordre publics. Cette considération de *police,* comme on pourrait l'appeler, paraît être de la plus grande évidence, mais elle ne s'accorde point avec l'aspect que revêt la protection possessoire dans le droit romain. D'après cette considération le possesseur naturel et les personnes incapables de posséder devraient également avoir un droit à être protégées, car il est parfaitement indifférent que ce soit dans leur chef ou dans le chef du possesseur juridique que l'on a enfreint la défense de troubler la paix et l'ordre publics. On a dit aussi : la possession est protégée en vue de la personnalité, ou encore : en vue de la volonté de la personne. Atteindre ou blesser un rapport possessoire dans lequel s'est réalisée, et en quelque sorte incorporée la per-

Digitized by Google

sonnalité (ou la volonté) c'est atteindre ou blesser cette personnalité elle-même. Porter atteinte au rapport possessoire, c'est léser la personnalité. La même réponse s'applique à cette considération. On peut la reconnaître comme parfaitement exacte au point de vue de la philosophie du droit ou de la législation, mais elle ne concorde point avec le droit romain. D'après elle, les détenteurs et les fils de famille devraient également pouvoir réclamer la protection possessoire, car ce ne sont pas moins des personnes et ils ne sont pas moins capables de volonté que le possesseur juridique.

Il n'y a qu'un seul point de vue qui explique d'une manière complètement satisfaisante l'aspect de la protection possessoire dans le droit romain, c'est de dire qu'elle a été instituée en vue d'*alléger* la protection de la propriété. Au lieu de la preuve de la *propriété*, que le propriétaire doit fournir lorsqu'il réclame la chose entre les mains d'un tiers (*reivindicatio* p. 218), il lui suffira de la preuve de la *possession*, vis-à-vis de celui qui la lui a immédiatement enlevée.

La possession peut-elle donc représenter la propriété? Oui, parce qu'elle est la propriété dans son état normal; — la possession est l'*extériorité*, la *visibilité* de la propriété. Statistiquement, cette extériorité coïncide avec la propriété réelle dans l'infinie majorité des cas. Régulièrement, le possesseur est en même temps propriétaire; les cas où il ne l'est point forment une infime minorité. Nous pouvons donc désigner le possesseur comme le *propriétaire présomptif*, et l'on comprend fort bien d'une part, que le droit romain ait déclaré cette présomption de propriété — cette preuve *a prima facie* comme dit le droit anglais — suffisante contre le défendeur là où il s'agit uniquement de repousser les attaques à la propriété, et d'autre part que lorsque la chose se trouve entre les mains d'un tiers et que le défendeur a de son côté la présomption de la propriété, il ait exigé que cette présomption ne pût être énervée que par la preuve de la propriété. L'action possessoire nous montre la propriété *sur*

Digitized by Google

la défensive, et la revendication nous la montre *dans l'offensive*. Exiger de la défensive la preuve de la propriété serait proclamer que tout individu qui n'est pas en état de fournir la preuve de sa propriété — et cela est impossible dans beaucoup de cas, je dirai même dans la plupart lorsqu'il s'agit de meubles — est mis hors la loi; chacun peut lui enlever sa propriété.

La protection possessoire apparaît ainsi comme un *complément indispensable* de la propriété. Le droit de propriété sans l'action possessoire serait la chose la plus imparfaite du monde, tandis que le défaut de la revendication l'affecterait à peine, à ne considérer que le résultat pratique. Notre droit actuel l'a même mise hors d'usage dans un grand nombre de cas. L'organisation de la propriété, en fait, ne repose pas tant sur le droit de la propriété et sur l'action en revendication que sur la sûreté de la possession, laquelle, il est vrai, repose à son tour moins sur l'action possessoire du droit privé que sur les peines du droit criminel.

Le point de vue que nous venons d'exposer en représentant la protection possessoire comme un allègement de la protection de la propriété rend parfaitement l'idée romaine relative à la signification de la possession. Cela résulte de la proposition énoncée ci-dessus : là où le droit de propriété est exclu, la possession l'est également, proposition qui, sans cela, serait dépourvue de sens. Elle ne s'explique que par ce fait que la possession est considérée comme l'extériorité de la propriété que le droit doit protéger. Là où l'on ne peut concevoir juridiquement la propriété, il ne peut être question de la présomption de propriété qui fait la base de la protection possessoire. Je crois pouvoir me dispenser ici de reproduire les autres raisons qui établissent cette opinion que j'ai traitée d'une manière approfondie dans un autre ouvrage (Du fondement des interdits possessoires. Tr.-fr. Paris 1882.).

Si pour être protégé comme possesseur, il suffit d'établir sa possession, cette protection profite aussi bien au non-propriétaire qu'au propriétaire.

Digitized by Google

La protection possessoire instituée pour le propriétaire profite ainsi à une personne pour laquelle elle n'a pas été instituée. Cette conséquence est absolument inévitable. Le droit doit l'accepter par dessus le marché, pour atteindre son but qui était de faciliter la preuve de la propriété. C'est le prix de ce but. Pour écarter la conséquence il faudrait ouvrir la porte à la question de droit, et c'en serait fait du procès possessoire. Le caractère essentiel de celui-ci, c'est que la question de droit soit absolument écartée pour l'une partie comme pour l'autre. Aucune d'elles n'a besoin, pour obtenir la facilitation de preuve établie en vue du propriétaire, d'alléguer ou de prouver son droit ; bien plus, elle n'est même pas entendue lorsqu'elle l'allègue. Ainsi le défendeur ne peut objecter au demandeur qu'il est propriétaire ou qu'il a un droit d'obligation sur la chose (*exceptions pétitoires*), et le demandeur ne peut suppléer aux lacunes de la preuve de sa possession par l'allégation de son droit de propriété. C'est en ce sens, mais seulement en ce sens (v. plus loin) que les juristes romains disent : la propriété et la possession n'ont rien de commun et ne peuvent être confondues.

C'est sur l'application rigoureuse de cette règle que repose la différence du possessoire et du pétitoire (*interdicta possessoria* et *petitorium judicium*). Dans celui-là, il s'agit exclusivement de la question de *possession*, dans celui-ci il s'agit exclusivement de la question de *droit*, et c'est ainsi que l'on comprend que, pour parler le langage de la pratique, la décision au possessoire ne *préjudicie* point au pétitoire, c.-à-d. que la partie qui a succombé au possessoire peut encore triompher au pétitoire, et réciproquement. C'est ainsi qu'il est possible que le non-propriétaire triomphe au possessoire sur le propriétaire. L'institution faite *pour* le propriétaire se tourne *contre* lui. Mais il n'en souffre point, car la revendication lui fournit le moyen de mettre fin à tout moment à la possession provisoirement protégée de son adversaire. Ces effets qui dépassent le but légal des institu-

Digitized by Google

tions juridiques, sont, il faut bien le reconnaître, des incorrections, mais le législateur doit les accepter par dessus le marché ; c'est la pluie qui arrose ceux qui n'en ont pas besoin aussi bien que ceux qui en ont besoin. Pareilles incorrections se reproduisent dans plus d'une institution, en particulier dans celles qui ont pour but un allégement de preuve. Je citerai à titre d'exemples les titres au porteur et les certificats. Introduits en faveur de l'intéressé, pour lui faciliter la preuve de son droit, ils profitent également à celui qui s'est procuré les titres d'une manière injuste. Lorsqu'il s'agit de pareille facilitations de preuve, on n'a que le choix, ou bien de laisser le non ayant droit se glisser à côté de l'ayant droit, ou bien, pour exclure le non ayant droit, de refuser à l'ayant droit l'avantage inappréciable pour lui d'une preuve plus facile. Les cas de la première catégorie forment une si infime minorité, en comparaison de ceux de la seconde, qu'il n'y a pas lieu d'en tenir compte.

Ainsi la concession de la protection possessoire au non ayant droit, alors que le *but* législatif n'avait en vue que l'ayant droit, n'apparaît que comme une *suite* non voulue, mais inévitable. La théorie dominante sur la possession renverse complètement le rapport. Elle fait de l'endroit l'envers et de l'envers l'endroit. D'après elle, la protection possessoire n'a point été introduite pour le propriétaire, mais imaginée pour le possesseur comme tel. Cela entraînait la nécessité de la justifier à ce point de vue. Or, nous avons vu tout à l'heure combien peu les considérations que l'on a fait valoir à cet effet (ordre public, personnalité, volonté) concordent avec l'aspect que le droit romain a donné à la protection possessoire, ce qui était le seul point à expliquer. La protection possessoire du droit romain ne peut être comprise qu'au point de vue de la propriété, et en la mettant en rapport avec la sûreté nécessaire de la propriété. La fallacieuse objection que l'on a tirée de ce que les juristes romains prémunissent contre toute confusion entre la posses-

Digitized by Google

sion et la propriété se détruit par la remarque qu'ils n'ont en vue que la séparation pratique dans l'*application judiciaire*, que j'ai moi-même justifiée tout à l'heure, et non la corrélation législative des deux institutions dont ils ne s'occupent même point. C'est là une question ouverte de la science, et le développement historique de la protection possessoire ainsi que l'organisation dogmatique de la théorie possessoire de la part des juristes romains suffisent pour démontrer avec toute la clarté et la certitude désirables l'existence de cette relation législative entre la propriété et la possession.

Notre examen de la protection possessoire a ainsi établi la même relation intime de la possession avec la propriété que nous avons rencontrée dès nos premiers pas et qui se retrouvera finalement dans la question à examiner ultérieurement de l'existence concrète de la possession.

En résumé, les propositions fixées jusqu'à ce moment sont les suivantes :

1. La possession forme la condition *de fait* de l'utilisation économique de la propriété (p. 217).

2. Aussi, le droit de posséder est-il un *élément indispensable* de la propriété (p. 217).

3. La possession est la porte qui mène à la propriété (p. 222).

4. La protection possessoire se présente comme une *position défensive* du propriétaire, d'où il peut repousser plus facilement qu'au moyen de la revendication les atteintes portées à sa sphère juridique (p. 231).

5. En conséquence, elle est refusée partout où la *propriété* est juridiquement exclue (p. 226).

Partout donc se reproduit la relation de la possession avec la propriété.

6. *La possession est un droit.* La question de savoir si la possession est un droit ou un fait est l'objet d'une controverse restée sans solution jusqu'à ce jour dans la science juridique. L'opinion dominante soutient que c'est un fait, et il faut bien dire qu'elle a toute apparence de raison. La pos-

Digitized by Google

session naît purement en fait, sans présupposition d'un droit. Comment donc pourrait-elle être un droit? Le possesseur qui n'a point d'autre qualité succombe dans la lutte contre le propriétaire revendiquant, preuve que la possession n'est qu'un pur état de fait qui s'évanouit devant le droit. En réalité, cependant, cela n'établit point que la possession ne soit point un droit, mais seulement qu'elle constitue un droit d'une espèce particulière, s'écartant dans sa structure de tous les autres. Pour appliquer à un rapport particulier, une distinction théorique de nature générale, il est nécessaire tout d'abord de le déterminer avec précision. Or c'est ce qui a été omis, quant à la distinction du fait et du droit par presque tous ceux qui se sont occupés de la question. Un juriste défunt, Büchel, a écrit une vaste monographie à ce sujet, dans laquelle il n'a pas dit un seul mot de cette question préalable si décisive. A quoi bon du reste? Cette distinction fondamentale doit être claire pour tout juriste. Elle devrait l'être, c'est certain; mais on a bien vu, en cette occurrence, qu'elle ne l'est point. La doctrine ancienne n'a pas fait la plus légère tentative de fixer scientifiquement la notion du droit dans le sens subjectif. Ce qu'on trouve dans les traités anciens n'est qu'une paraphrase de l'expression : *droit* au moyen d'équivalents. (V. *Esprit du Droit romain* IV, p. 317, 3e édit. fr.). La doctrine nouvelle s'est attachée, la première, à la solution de cette question si longtemps négligée, mais par une fatalité qui s'attache à la possession, ceux là même qui, d'après leur définition du droit, auraient dû lui reconnaître la nature d'un droit, la lui ont refusée.

Pour juger si la possession est un droit ou un fait, je me base sur la définition du droit que j'ai établie ailleurs d'une manière approfondie (Esprit du droit romain IV. § 70, 71) : les droits sont des intérêts juridiquement protégés. Elle a rencontré de la contradiction. Si je la reproduis ici, ce n'est pas seulement pour mettre le public auquel cet ouvrage est destiné, à même de se faire une idée à lui de la nature

Digitized by Google

juridique de la *possession*, mais parce que je crois que précisément ma notion du droit peut réclamer une valeur spéciale pour l'économiste.

Les objections que l'on a produites contre ma définition ne sont pas fondées. Il n'est pas vrai que pour définir le droit, je me sers de la notion même qu'il s'agit de définir. Sans doute, le mot *droit* se représente dans l'expression « juridiquement protégés », mais c'est avec une signification toute autre. Là, il désigne le droit dans le sens *subjectif*, et ici dans le sens *objectif*, deux notions fondamentalement différentes. Que l'on mette, au lieu de *juridiquement* protégés, *légalement* protégés, et tout est en ordre. Si je me suis servi de la première expression, c'est parce que la loi n'est point la seule source du droit dans le sens objectif; il faut y ajouter le droit coutumier qui ne peut être compris dans l'expression « LÉGALEMENT *protégés* ».

On a cru pouvoir critiquer l'élément de l'*intérêt* (que j'oppose comme élément *substantiel* à l'élément *formel* de la protection du droit), en disant que, selon les circonstances, un droit peut ne pas avoir le moindre intérêt pour l'ayant droit et cependant être protégé comme tel. Telle est p. ex. la critique faite tout récemment par KUNTZE *Zur Besitzlehre. Für und wider Rudolf v. Jhering*, Leipzig, 1890, p. 77 ss. Cette critique repose sur une confusion de l'intérêt *concret* avec l'intérêt *abstrait*, confusion qu'on ne saurait me reprocher, car j'ai suffisamment indiqué la différence (l. c. p. 330 et 333 : importance de l'intérêt *in thesi* et *in hypothesi*). Il a fallu une lecture superficielle de mon livre pour pouvoir m'attribuer une opinion contre laquelle je m'étais suffisamment prémuni moi-même. Dans ma définition, j'avais en vue l'intérêt *abstrait*, qui est décisif pour le législateur dans l'établissement de tous les types juridiques sans exception. J'ai dit expressément que la mesure de cet intérêt varie selon l'horizon des intérêts du peuple et de l'époque, que le jugement sur la question de savoir si certains intérêts sont

Digitized by Google

dignes de protection et en ont besoin se modifie avec l'évolution des appréciations du peuple. Certains intérêts, auxquels, dans une phase inférieure de la civilisation, la protection du droit est refusée, y ont été admis avec le progrès de la civilisation; d'autres l'ont perdue.

La question de savoir si, dans un cas particulier existe l'intérêt que le législateur juge digne d'être protégé et qui d'après lui a besoin de l'être (*intérêt* CONCRET) n'a aucune importance en règle générale ; la preuve des faits auxquels la loi a attaché la *naissance* du droit, suffit, sans que le demandeur doive établir l'intérêt qu'il a à faire valoir son droit, ni que le défendeur soit admis à se prévaloir de l'absence de cet intérêt. Un aveugle peut se prévaloir d'une servitude de vue ; l'homme dépourvu de tout sentiment d'honneur peut intenter une action d'injures; le commodant peut demander la restitution du livre prêté pour un certain temps, même lorsque le commodataire a le plus grand intérêt à le conserver encore quelque temps et que lui-même n'a pas le plus mince intérêt à le ravoir. La décision célèbre de Cyrus, qui au mépris des droits de propriété tranchait l'affaire des deux manteaux en adjugeant au plus grand le plus long et au plus petit le plus court est en contradiction flagrante avec les principes supérieurs les plus incontestables du droit.

Le droit est IN CONCRETO *absolument indépendant de la question d'intérêt.* Il n'en est autrement que dans certains cas (dans les obligations intéressées comme je les appelle, p. ex. le mandat). Dans ces cas il faut la preuve d'un intérêt *concret*, pour donner au juge une mesure d'évaluation, et même dans certaines demandes obligatoires d'une autre espèce, cet intérêt peut s'ajouter accessoirement et devenir ainsi l'objet de la preuve. Ensuite, dans quelques cas nominativement cités par la loi, le manque d'intérêt s'oppose à l'exercice de certaines facultés. La notion de la *chicane* est basée sur ce point de vue. C'est l'exercice *sans intérêt*, et

Digitized by Google

dans le but unique de nuire à autrui, de facultés qui, considérées en elles mêmes, sont juridiquement fondées. Elle n'est interdite que là où la loi la défend expressément, et c'est précisément en cela, si paradoxal que cela paraisse, que consiste la sûreté de l'ordre juridique. Il serait sacrifié si, en principe, la poursuite des droits en justice dépendait de la preuve de l'intérêt dans le chef du demandeur, ou si même on permettait seulement à l'adversaire d'objecter et de prouver le défaut d'intérêt.

Si l'on part de cette définition : les droits sont des intérêts juridiquement protégés, il ne peut y avoir le moindre doute qu'il faille reconnaître le caractère de *droit* à la possession. Nous avons exposé plus haut (p. 217) l'intérêt qui s'attache à la possession : elle constitue la condition de l'utilisation économique de la chose. Que cette utilisation soit ainsi rendue possible à l'ayant droit ou au non ayant droit, nous n'en savons rien ; en tout cas la possession présente de l'intérêt comme pur rapport de fait ; elle est la clef qui ouvre le trésor et qui est aussi précieuse pour le voleur que pour le propriétaire. A cet élément substantiel de toute notion juridique, le droit ajoute dans la possession un élément formel : la protection juridique, et ainsi se trouvent réunies toutes les conditions juridiques d'un droit. Si la possession comme telle n'était point *protégée*, elle ne constituerait, sans doute, qu'un rapport de pur fait sur la chose, mais par cela seul qu'elle est protégée, elle prend le caractère de *rapport juridique*, ce qui est synonyme de *droit*.

Windscheid a voulu échapper à la nécessité de cette conclusion en disant : la possession engendre bien des « suites juridiques, » mais cela n'en fait pas un droit, sinon on devrait également qualifier de droits les conventions et les testaments. (V. Windscheid, *Pandecten* I § 150). Il confond ici le *fait* générateur du droit et l'*effet* qui s'y rattache.

Un fait n'est pas un droit, l'acquisition de la possession pas plus que la conclusion d'un contrat ou la confection d'un

Digitized by Google

testament. Mais lorsque, comme dans les trois cas cités, la loi attache à un fait des suites juridiques favorables pour une personne déterminée, qu'elle met en mesure de se les assurer au moyen d'une action, elle met précisément au jour l'ensemble des conditions légales que nous appelons du nom de *droit*. Au *fait* de la conclusion du contrat, la loi attache la *suite juridique* que le créancier peut réclamer du débiteur l'exécution du contrat; au fait de la confection du testament, elle attache la suite juridique que l'héritier institué peut réclamer des tiers la restitution des biens de la succession, et des débiteurs de celle-ci le paiement de leurs dettes; au fait de la naissance de la possession, elle attache la suite juridique que le possesseur peut exiger des tiers le respect de sa situation possessoire. Dans les deux premiers cas, nous nommons la suite juridique : *droit de créance* ou *droit de succession;* quel motif y a-t-il de lui refuser le nom de *droit* dans le troisième cas? Si l'on nie le droit de possession parce qu'il s'attache simplement comme conséquence juridique à un fait, il faut aussi nier le droit de créance et le droit de succession, car la relation entre le fait générateur du droit et la suite juridique y est exactement la même, et en effet, il n'y a pas un seul droit qui ne présuppose un *fait* générateur de droits. Tous les droits sans exception apparaissent comme des suites juridiques, c.-à-d. comme des suites juridiquement protégées en faveur de ceux auxquels elles doivent profiter. J'accorde à celui qui renversera cette définition le droit de dire que la possession n'est pas un droit; si l'on y renonce, on avoue la nature juridique de la possession.

Sans doute un fait peut aussi engendrer des suites juridiques qui ne constituent point des *droits*; tels les faits d'*extinction* (p. ex. la *derelictio*, la remise, le paiement) et les faits *modificatifs* de droits (p. ex. la *mora*, la *culpa*, le *dolus* dans les rapports contractuels). Mais partout où le fait engendre des suites que la loi assure à l'intéressé au moyen

Digitized by Google

d'une *action* spéciale, destinée exclusivement à cette fin, nous rangeons ces faits (générateurs de droit) sous le nom de *droits*.

Dans la plupart des droits la confusion du fait générateur avec le droit même est exclue par la diversité même des noms que leur donne le langage p. ex. le contrat et la créance, le testament et le droit de succéder. Mais dans le langage des Romains, il y avait aussi des expressions qui avaient les deux significations p. ex. *nexum*, *obligatio*, et tel est précisément le cas pour la possession. De même qu'au *nexum* et à *l'obligatio* comme acte (fait générateur de droit) se rattachait le droit du créancier (suite juridique) désigné sous le même nom, de même à la possession comme *état* de fait se rattache la possession comme *droit*.

Les juristes romains ont parfaitement eu conscience de ce double côté de la possession. Dans le premier sens, ils désignent la possession comme *causa facti* ou au moyen d'expressions analogues, p. ex. *corporis, facti est;* dans le second sens ils la désignent comme *jus possessionis*, *jura possessionis* et il est, par suite, difficile de comprendre comment on a pu se servir des expressions de la première catégorie, pour soutenir que la possession, dans le sens des juristes romains, n'est point un droit. L'assertion est démentie par la reconnaissance formelle de la possession comme droit, et il y a si peu contradiction entre ces deux expressions, qu'elles mettent au contraire dans tout son jour la reconnaissance exacte, de la part des juristes romains, de la nature particulière de la possession. Dans la possession le rapport entre le fait générateur et le droit est si particulier, qu'à part un seul cas, dont nous allons faire mention à l'instant, on ne le retrouve nulle part ailleurs.

Dans tous les autres droits (et je citerai comme exemples principaux la propriété et l'obligation), le droit se sépare dès le moment où il est né, du fait qui l'a engendré, p. ex. de la tradition, de l'occupation, du contrat, du délit; ce fait appar-

Digitized by Google

tient dès ce moment au passé, il n'y a que ses suites qui durent. Dans la possession, au contraire, le maintien du rapport de fait est la condition du droit à la protection; le possesseur n'a un *droit* que *tant qu'il possède*. En d'autres termes : dans tous les autres droits, le fait générateur est la condition *transitoire* du droit; dans la possession, il en est la condition *permanente*. De là la différence de la preuve. Là elle regarde le *passé*, ici le *présent;* là on ne prouve que la *naissance* du droit, à laquelle se rattache comme suite nécessaire son *existence;* ici il faut prouver l'*existence* du droit, et pour cela il ne suffit point de prouver que la possession est née à tel ou tel moment, car on n'en serait pas autorisé à conclure qu'elle *existe* actuellement, mais il faut prouver que la possession existait encore au moment où l'atteinte a été commise.

C'est ainsi que dans la possession, le fait et le droit se couvrent; le droit naît avec le fait et disparaît avec lui, il n'existe qu'autant et aussi longtemps que le fait existe. Il en va de même du droit de la personnalité, qui a partagé le sort de la possession, en ce que certains juristes ont voulu, aussi faussement que pour la possession, lui contester le caractère d'un droit. De même que le droit de possession est attaché à l'existence de l'état de fait qu'il est destiné à protéger, de même le droit de la personnalité est attaché à l'existence de la personne; il naît et meurt avec elle; ici encore le droit et le fait concordent complètement.

L'on n'aurait guère pu méconnaître la nature juridique de la possession si l'on n'avait trouvé inconciliables avec elle les deux faits juridiques qui suivent.

Le premier, c'est que même le possesseur injuste est protégé. Comment l'injustice peut-elle engendrer le droit? Quelle contradiction ! La dépossession violente est défendue, et cependant elle a pour suite un droit! Mais le même phénomène se présente en matière de propriété. Le *spécificateur* c.-à-d. celui qui d'une matière existante fait une

Digitized by Google

chose nouvelle p. ex. le cordonnier qui emploie le cuir pour en faire des bottes, le tailleur qui emploie le drap pour en faire un habit, devient propriétaire de cette chose, même si la matière ne lui appartenait point. Ainsi, d'après la théorie romaine sur le droit de chasse, celui qui chassait sur le terrain d'autrui contre le gré du propriétaire devenait propriétaire du gibier abattu. Ici encore, donc, le simple *fait* engendre le *droit*. La loi n'a nullement voulu donner son approbation à ce fait, donner le champ libre au non-propriétaire pour faire toute espèce de spécifications, au braconnier pour chasser sur le terrain d'autrui ; elle n'a disposé ainsi que pour que des tiers n'eussent point à souffrir de l'injustice de l'acte ; les conséquences préjudiciables atteignent exclusivement les personnes coupables, ce qui s'obtient au moyen d'une action personnelle dirigée contre elles. La propriété leur est reconnue non *pour elles-mêmes*, mais dans l'intérêt de la sûreté des transactions sur la *propriété*. C'est là une des idées les plus fécondes du droit romain, qui la reproduit encore pour une foule d'autres rapports, où l'acquisition de la propriété dans le chef de l'*acquéreur* peut être attaquée, sans que le vice qui entache son acquisition, atteigne la *propriété*. Celle-ci passe pure et intacte de la main de l'acquéreur actuel dans le courant des relations ; le principe maladif dont elle était atteinte chez lui, reste chez lui et prend la forme de l'action personnelle. Celui qui ne se rend pas compte de cette idée du droit romain ne pourra pas plus comprendre l'aspect de la propriété romaine que celui de la protection possessoire ; il sera choqué tout autant de voir que la propriété est accordée au propriétaire injuste (exposé à l'action en rescision) que de voir la protection possessoire accordée au possesseur injuste. Mais la propriété est accordée à celui-là, non en vue de lui-même, mais en vue *des tiers* qui ont acquis la chose de lui, et de même la protection possessoire est accordée au possesseur injuste non en vue de lui-même, mais en vue du *propriétaire* (p. 230). Le but

Digitized by Google

poursuivi par la loi n'aurait pu être atteint si l'on avait refusé la propriété à l'acquéreur injuste, et la protection possessoire au possesseur injuste.

La comparaison de la propriété nous fournit également une arme pour repousser la deuxième objection faite contre la nature juridique de la possession. La possession, dit-on, succombe dans la lutte contre la propriété, c.-à-d. dans la revendication (p. 218), donc elle ne peut constituer un droit. Si la conclusion était juste, la propriété ne serait pas un droit non plus, car dans le cas ci-dessus elle succombe sous l'action personnelle en rescision, et il y a même un cas où la propriété *comme telle*, peut s'éteindre directement par la simple déclaration d'une autre personne, c.-à-d. par une réserve conditionnelle de révocation (condition résolutoire) ajoutée lors du transfert. La notion du droit n'est affectée en rien par la circonstance qu'une autre personne peut à tout moment en amener la résolution.

Le créancier hypothécaire peut toujours mettre fin à la propriété du débiteur, par la vente de la chose, et le débiteur peut toujours mettre fin au droit du créancier en payant la dette. Il en est parfaitement de même de la possession dans son rapport avec la propriété.

Aussi longtemps que la personne qui a le droit de révocation n'en a pas fait usage, le propriétaire, le créancier hypothécaire, le possesseur doivent être considérés comme investis de leur droit.

La circonstance que la possession comme telle ne donne pas le droit, mais seulement la *possibilité de fait* d'user de la chose, ne porte pas atteinte à sa nature de droit.

Il en résulte seulement que c'est un droit de très mince étendue, mais les intérêts les plus infimes peuvent prendre l'aspect de droits, du moment qu'ils ne sont pas de la catégorie de ceux auxquels la loi refuse la protection juridique, p. ex. les conventions de la vie mondaine. Or la question de l'intérêt juridique de la possession a été élevée par la loi

Digitized by Google

au-dessus de toute contestation par cela seul qu'elle a armé la possession de la protection juridique. La possession a ainsi été reconnue être un intérêt réclamant protection et digne de la recevoir ; or tout intérêt que la loi protège doit recevoir du juriste le nom de *droit*, et il considère comme une *institution juridique* l'ensemble des principes qui s'y rapportent. La possession, comme rapport de la personne avec la chose, est un *droit;* comme partie du système juridique, c'est une *institution du droit.*

7. *Place de la possession dans le système juridique.* Après ce qui vient d'être dit, elle s'indique d'elle-même. La possession apparaît comme un rapport *immédiat* de la personne avec la chose; elle appartient donc au droit des choses. Il y a désaccord sur le point de savoir s'il faut la classer avant ou après la propriété. D'après son but législatif tel que je l'ai exposé, et en ne voyant en elle qu'un complément de la protection de la propriété, elle doit prendre place après la propriété, car il faut d'abord exposer l'insuffisance de la protection de la propriété, afin de faire comprendre le besoin de la protection possessoire. La propriété est l'axe de tout le droit des choses. J'y rattache d'abord deux institutions que je désigne comme *institutions parallèles;* car, comme la propriété, elles embrassent extensivement la chose *entière*, mais avec une énergie intensive moindre ; on peut aussi les appeler des *institutions de secours* de la propriété, eu égard à l'importante facilitation de preuve qu'elles procurent au propriétaire. Ce sont la possession et la propriété putative (*bonae fidei possessio*, V. ci-dessus p. 220).

A celles-ci se rattachent ensuite les droits dits *réels* sur la chose d'autrui, c.-à-d. les droits revêtus de la protection absolue (*jura in re aliena*), qui embrassent la chose, non *en entier*, mais seulement dans certaines directions, et que j'appelle, pour ce motif, des *démembrements* de la propriété.

8. *Naissance et extinction de la possession* (*existence concrète*), *condition de volonté.* La simple proximité locale

Digitized by Google

de la personne vis-à-vis de la chose ne crée pas encore la possession; il faut pour cela *la volonté* (*animus*) qui établit un lien entre elles. L'acquisition de la possession ne peut, d'après la théorie des juristes romains, être ménagée qu'au moyen d'un acte spécial de volonté de la personne, *dirigé vers ce but* (*acte d'appréhension*); seulement pour les personnes incapables de volonté (enfants, fous) il suffit de l'acte du tuteur. Le droit romain ne connaît point d'acquisition de la possession de plein droit (*ipso jure*), même en cas de succession. L'héritier doit commencer par acquérir la possession, tandis qu'il obtient la propriété par la seule adition de l'hérédité.

D'après la théorie règnante, cette volonté doit tendre à posséder la chose *comme* ou à la *manière* d'une chose propre (*animus domini*), et c'est à l'absence de pareille volonté qu'il faudrait attribuer que dans certains cas il y a possession, non dans le sens juridique, mais dans le sens naturel (détention). Cette doctrine est fausse (p. 227); la véritable explication de la différence gît non dans la nature particulière de la volonté de posséder, laquelle ne tend jamais qu'à l'appréhension de la chose, mais dans la disposition légale qui, selon la diversité du rapport (*causa possessionis*), fait naître tantôt la possession, tantôt la détention.

La simple *déclaration* de la volonté n'est pas suffisante, d'après le droit romain, pour faire acquérir la possession; il faut la *manifestation réelle* de la volonté : *adipiscimur possessionem*, dit un juriste romain, CORPORE ET ANIMO, *neque per se animo* (simple déclaration de volonté) *neque per se corpore* (simple proximité locale). Aussi les juristes romains n'admettent-ils point que nous ayons la possession des choses tombées sur notre fonds ou qui y ont été chassées ou déposées, ni de celles que l'on a oubliées dans notre maison etc. Le possesseur antérieur qui vient les reprendre, ne commet donc aucune dépossession vis-à-vis de nous.

Mais la volonté peut précéder l'appropriation corporelle,

Digitized by Google

p. ex. dans l'acquisition de la possession du gibier ou des poissons qui se laissent prendre dans nos pièges, nos lacets ou nos filets, ainsi que pour les choses commandées par nous et qu'en notre absence on a déposées dans notre maison ou déchargées sur notre fonds (il y a dans ce cas, d'après la terminologie moderne, acquisition de possession par *custodia*). Il en est de même de l'acquisition de la possession par représentant. Dans tous ces cas, il ne faut point d'acte d'appréhension par le possesseur même, puisque le rapport de fait existe et que la volonté de posséder a été manifestée d'avance.

9. *L'appropriation corporelle de la chose.* On désigne aujourd'hui sous le nom de *corpus*, le rapport extérieur de la personne avec la chose, établi par l'appréhension. Les juristes romains, au contraire, ne se servaient de cette expression que pour désigner la manifestation de la volonté dans l'acte d'appréhension. Le *corpus*, d'après la théorie dominante, est le pouvoir *physique* ou la suprématie *de fait* sur la chose. Telle est la notion fondamentale de la possession d'après la théorie actuelle. Elle est absolument erronée (V. mon ouvrage : Du fondement des interdits possessoires. Trad. f. Paris 1882, p. 143 s.). Si les Romains s'étaient laissés guider par elle, ils auraient dû admettre la possession sur les esclaves et sur les enfants de famille; car c'est même pour eux qu'a été inventée l'expression technique pour désigner le pouvoir : *potestas*, et ils auraient dû reconnaître au brigand la possession sur l'homme libre qu'il a fait prisonnier dans le but de lui extorquer une rançon, car il se trouve incontestablement en son pouvoir. Mais ils n'en ont rien fait, et ils savaient pourquoi ils ne le faisaient point, car on ne peut être propriétaire d'enfants ni de personnes libres, et là où la propriété n'est pas possible, la possession ne l'est pas davantage (p. 226). Pourquoi? Parce que la possession n'est pas le pouvoir physique, mais l'extériorité de la propriété (p. 230). Ce point de vue décisif

Digitized by Google

pour les cas où il faut repousser la possession ne l'est pas moins pour ceux où il faut l'admettre.

Que l'on se demande comment le propriétaire a l'habitude d'agir avec ses choses et l'on saura quand il faut admettre la possession et quand il faut la rejeter. L'attitude du propriétaire varie d'après la diversité des choses. Pour des raisons qu'il n'est pas même besoin de dire, il prend dans sa maison et y conserve la plupart des choses mobilières; ce sont les choses que l'on peut *céler*. Mais certaines choses ne se prêtent point à être célées, leur destination économique exige qu'elles soient et restent à découvert : les gerbes, le foin, la paille sur le champ, le bois coupé dans la forêt, la tourbe, les lignites, le charbon sur le rivage des fosses d'extraction, les pierres dans la carrière, les matériaux de construction à pied d'œuvre. A cette catégorie appartiennent aussi les animaux domestiques qui vont et viennent librement, le bétail dans les pâturages, et chez les romains les esclaves. Dans tous ces cas, il n'y a point de pouvoir physique sur la chose; la sûreté du possesseur ne se base point sur ce qu'il est en mesure « d'exclure l'action des personnes étrangères sur la chose » (SAVIGNY), mais sur ce que la loi prohibe cette action; elle repose non sur une barrière *physique*, mais sur une barrière *juridique*.

La même différence se reproduit aussi pour les choses *immobilières*. Les unes sont défendues par des obstacles mécaniques (murs, grilles, palissades, treilles, etc.), telles que les maisons, jardins, chantiers, terrains à bâtir. Les autres sont *ouvertes* et *libres*, accessibles à l'action des tiers aussi bien qu'à celle du possesseur. Soutenir qu'il existe pour le possesseur un pouvoir physique sur ces choses, c'est dire une énormité si diamétralement contraire à l'idée que le langage attache à l'expression pouvoir, que je crois inutile de la réfuter.

Pourquoi la possession est-elle protégée par le droit? Ce n'est certes pas pour donner au possesseur la haute satis-

Digitized by Google

faction d'avoir le pouvoir physique sur une chose, mais pour lui rendre possible l'*usage économique* de cette chose pour ses besoins (p. 217). Du moment qu'on part de ce point de vue, tout devient clair. On n'apporte pas dans sa maison le fumier, les matériaux de construction, etc.; on ne dépose point en plein champ l'argent, les meubles, les choses précieuses, etc. Chacun sait ce qu'il doit faire de ses choses, selon leur diversité, et *cet aspect normal du rapport du propriétaire avec la chose constitue la possession.*

Telle est la notion qui a guidé les juristes romains, bien qu'ils ne l'aient exprimée nulle part, dans leurs règles sur l'acquisition et sur l'extinction de la possession, ni dans leurs décisions juridiques. Pour ceux qui sont étrangers au droit, l'exposition de ces règles et la preuve qu'elles sont conformes à ce point de vue, seraient sans aucun intérêt; mais il faut cependant que je leur démontre, sur deux points, la vérité et en même temps la valeur de ce point de vue.

Il importe d'abord de mettre dans son vrai jour l'avantage que présente la notion que je viens d'établir sur celle du pouvoir physique. Pour certaines choses, le point de vue du pouvoir physique est parfaitement exact. Ce sont celles que, pour se les assurer, on doit avoir sous sa garde, sous sa protection, sous clef, et pour lesquelles ce mode de conservation constitue l'aspect normal du rapport. Ce sont les choses que l'on peut *céler* et *défendre*. Mais si ce point de vue est exact, ce n'est point à cause de ces choses mêmes, mais parce que ce mode de détention forme pour ces choses *la forme économiquement obligée* de leur rapport extérieur avec la personne. Le pouvoir physique et l'utilisation économique de la chose se couvrent complètement dans ce cas. C'est à cet aspect du rapport que s'est rattachée originairement la notion de la possession, ainsi qu'il résulte de l'étymologie même du mot *possession* (*possidere*, de *sedere*). C'est l'aspect visible du rapport (CORPORALIS *possessio* ou même NATURALIS *possessio* dans le langage romain) qui a servi ici, comme par-

Digitized by Google

tout ailleurs de point de départ au langage. Le progrès de la pensée juridique a de plus en plus dégagé la notion de possession de cet aspect matériel, et rapproché du *corporaliter* ou *naturaliter possidere*, un *civiliter possidere* avec le même sens, sans toutefois que les juristes romains aient satisfait à l'obligation qui en résultait pour eux d'adapter la *formule doctrinale* de la notion possession au progrès de son aspect *réel*. La doctrine romaniste n'a pas fait un pas de plus jusqu'à ce jour; elle a simplement conservé la notion matérielle originaire. Ses efforts pour concilier celle-ci avec le développement réel de la possession dans le droit nouveau ressemblent à l'essai de faire entrer le corps d'un homme fait dans les vêtements qu'il portait dans ses jeunes années; — ces vêtements éclatent de tous les côtés. Pour ne pas le voir, il n'y a qu'un seul moyen : fermer les yeux, et c'est ce que la théorie romaniste a fait avec tant de soin qu'il y a pour elle pouvoir physique sur la chose dans des cas où un homme aux yeux larges ouverts n'en peut découvrir la plus légère apparence. L'erreur qu'elle a commise, nous pouvons maintenant la résumer en peu de mots : elle a donné une valeur *absolue* à un point de vue qui n'a qu'une vérité *relative*, c.-à-d. limitée à certaines catégories de choses ; elle a perdu de vue que cette vérité relative ne porte pas en elle-même sa raison d'être, mais qu'elle est *dérivée* c.-a-d. que le point de vue du pouvoir physique n'a une signification pour la possession que parce que ce pouvoir est pour certaines espèces de choses commandé par le but de leur utilisation économique. Prenant ce but pour base, et rattachant en conséquence la notion de possession à l'existence d'un rapport conforme à ce but, entre la personne et la chose, nous obtenons deux formes du rapport de possession.

1. Sur les choses que l'on peut *céler* et *défendre*. — Pouvoir physique.

2. Sur les choses *ouvertes* ou *libres*. — Point de pouvoir.

Le deuxième point par lequel je veux montrer aux personnes étrangères au droit l'exactitude et la valeur de ma

Digitized by Google

notion de la possession, est la possibilité qu'elle offre, et qu'elle est seule à offrir, *aux tiers*, de reconnaître s'il y a possession. Ce point a complètement échappé à l'attention de la théorie romaniste, et s'il n'a pas grand intérêt en droit privé, il est de la plus haute importance en matière criminelle.

Deux objets se trouvent réunis au même endroit : des grives prises au lacet dans un bois, ou sur un terrain en construction, des matériaux, et à côté un étui à cigares. L'homme le plus ordinaire sait qu'il se rend coupable d'un vol s'il prend les grives ou quelques matériaux, mais qu'il n'a rien à craindre s'il emporte l'étui à cigares. L'honnête homme laisse là les grives et les matériaux, et il met en poche l'étui à cigares, pour en chercher le propriétaire, ou s'il ne peut le trouver, pour remettre l'objet à la police. Quel est le motif de cette double façon d'agir? Quant à l'étui à cigares, chacun doit se dire : il est *perdu;* c'est contre le gré du propriétaire qu'il est arrivé là, et l'on se rend compte de son rapport propre avec la chose en disant qu'on l'a *trouvée*. Quant aux grives et aux matériaux, on sait que la position dans laquelle ils se trouvent a sa cause dans une disposition prise par le propriétaire, qu'elle concorde donc avec la *volonté* de celui-ci. Ces choses ne sont pas *trouvées*, car elles n'étaient point *perdues;* elles sont *volées*.

Le fait de les prendre constitue par lui-même une atteinte à la propriété et par conséquent une violation de la loi pénale. Le fait de prendre l'étui à cigares est en soi juridiquement indifférent; la conduite ultérieure de son auteur décidera seule s'il a commis une violation de la loi, et cette violation constitue ici un *recel d'objets trouvés,* parce que l'atteinte à la propriété d'autrui résulte seulement de l'appropriation subséquente de la chose.

L'homme étranger au droit sent lui-même que la différence dans l'appréciation juridique de ces deux cas tient à la différence du rapport possessoire, et cette différence doit

Digitized by Google

évidemment être assez manifeste pour qu'elle ne puisse échapper même au commun des hommes, sinon la loi n'aurait pu en faire la base de ses dispositions. Et de fait, elle saute aux yeux, mais c'est uniquement parce que même le commun des hommes se laisse guider en cette matière par ma notion, dont l'exactitude comme la simplicité reçoivent ainsi la plus éclatante démonstration.

En disant de l'étui à cigares : il est *perdu*, on dit : le rapport normal du propriétaire avec la chose est *troublé* ; il y a une situation *anormale*, et je veux faire ce qui dépendra de moi pour la faire cesser. En voyant les grives et les matériaux de construction, on dit : ils se trouvent dans la position voulue par le propriétaire ; la situation est *normale*. Or cela signifie uniquement que l'homme ordinaire lui-même juge de la question de possession d'après la *destination économique* de la chose, c.-à-d. qu'il applique ma notion de la possession.

La grive prise au lacet, et le bois de charpente à pied d'œuvre se trouvent placés dans la position conforme à leur destination économique ; l'étui à cigares ne s'y trouve point ; il est contraire à sa destination économique de rester par terre en plein champ. Cela suffit à l'homme ordinaire, pour le diriger avec une correction parfaite, sans qu'il ait la moindre idée de la notion de possession. Le juriste lui apprend qu'il l'a appliquée en fait ; dans le premier cas il y avait possession, dans le second point.

Que l'on fasse maintenant la même expérience avec le point de vue du pouvoir physique sur la chose. Il nous laisse absolument à dépourvu. A quoi reconnaîtra-t-on s'il y a ou non pouvoir physique? S'il existe pour les grives et les matériaux, il faut en dire tout autant de l'étui à cigares, car il se trouve dans la même situation extérieure. N'existe-t-il pas pour l'étui, parce que le possesseur n'est pas présent, il faut en dire autant des autres choses. Supposons qu'un homme ordinaire veuille se guider, dans cette position, par

Digitized by Google

la notion dominante, je voudrais bien savoir ce qu'il fera. Quant au juriste, il ne sera pas moins embarrassé. Lui aussi, il ne pourra savoir ce qu'il a à faire que s'il abandonne sa notion de la possession pour prendre la mienne. Sa conduite réelle démentira sa formule théorique : la possession est un rapport de pouvoir physique.

J'ajoute un autre exemple pour comparer les deux notions de la possession.

Dans les pays boisés, le bois à brûler que l'on a coupé dans la montagne est lancé à l'eau ; plus loin il est recueilli par des barrages et ensuite repêché. Il ne peut être question ici d'un pouvoir physique du propriétaire, et cependant la possession continue. Pourquoi ? Pour la même raison que pour les matériaux ; la position dans laquelle se trouve le bois qui flotte est imposée par des considérations économiques, et ici aussi l'homme ordinaire lui-même sait qu'il ne peut le prendre sans se rendre coupable d'un vol. Mais le flot en s'écoulant a emporté divers autres objets : des chaises, des tables, etc. Ici encore l'homme ordinaire sait fort bien qu'il peut retirer ces choses de l'eau et les mettre en sûreté sans se rendre, *par ce fait*, coupable de vol. Le motif de distinguer est le même que dans les cas examinés ci-dessus. *Au point de vue économique*, le flottage du bois est un fait *normal*, celui des chaises et des tables, un fait *anormal*. Dans le premier cas il y a possession, dans le second point.

La possession est reconnaissable extérieurement ! Les tiers peuvent savoir si le rapport possessoire est normal ou troublé ! Toute personne, même étrangère au droit, peut apprécier par là la valeur de la notion que j'ai établie sur une des questions les plus importantes de la théorie possessoire.

La théorie règnante ne nous est d'aucun secours, ici ; elle se borne à apprendre au possesseur s'il continue à posséder, mais elle ne nous dit point comment les tiers doivent reconnaître s'il possède ou s'il ne possède point.

Digitized by Google

J'ai parlé jusqu'à ce moment du trouble du rapport normal de la personne avec la chose, et j'estime nécessaire d'ajouter ici une remarque. D'après le droit romain, le trouble du rapport normal ne fait pas perdre la possession sur le champ, mais seulement lorsque le possesseur a négligé ou n'est pas en mesure de rétablir le rapport troublé avec la chose. S'il y réussit, la possession est censée ne pas avoir été perdue.

Je citerai à titre d'exemple le cas où il a perdu une chose, où il l'a oubliée chez un autre, où son bétail s'est encouru. S'il néglige de faire ce qui est nécessaire pour recouvrer la possession, le droit romain la lui enlève et voit là un *abandon* de la possession ; il n'a pas fait preuve de l'intérêt véritable qui caractérise le possesseur (perte de la possession *par* sa volonté). Si ses démarches restent sans succès, sa possession est *perdue* (perte de la possession *contre* sa volonté). Il en est exactement de même de la dépossession des choses immobilières. Si le possesseur rétablit tout de suite l'ancien rapport (en cas d'absence, dès qu'il a appris la chose), la possession est censée ne pas être perdue ; si non elle est perdue, sauf que d'après le droit romain nouveau il y a, dans ce cas, dépossession violente.

Il y a là une phase particulière dans l'existence du rapport possessoire, auquel la théorie régnante ne donne pas l'attention qu'elle mérite, parce que les juristes romains ne la signalent pas *in terminis*, mais qui se trouve parfaitement indiquée *de fait* dans le droit romain. La possession est *troublée* ou *menacée*. L'intérêt juridique que présente cette situation consiste en ce que l'on donne ici au possesseur la possibilité de défendre son droit ; c'est une *situation critique* dans l'existence de la possession, dont la continuation est encore incertaine, et dépend des événements ultérieurs. Quant aux choses mobilières, cette situation suffit parfaitement pour légitimer l'intervention des tiers, c.-à-d. le sauvetage des choses perdues, même lorsque la possession n'était pas encore perdue dans le sens juridique, le propriétaire

Digitized by Google

n'ayant encore fait aucune tentative pour ravoir la chose. Cette situation critique, c.-à-d. le trouble du rapport possessoire, suffit, dis-je, pour les tiers, car en prêtant leur aide pour le rétablir, ils ne font que prendre la place du propriétaire absent; ils font pour lui ce qu'il aurait fait lui-même, et il n'y a pas là une *atteinte* à un rapport possessoire existant.

10. *La possession des droits.* La considération qui a déterminé le droit romain à mettre à la disposition du propriétaire, dans les interdits possessoires, une forme de protection plus facile, a été aussi le motif d'introduire les *interdits quasi possessoires.* Ils étaient faits pour la *servitude* (servitude personnelle : *usus fructus* et *usus*, et certaines servitudes rurales d'eaux et de chemins) et pour la *superficie.* Celui qui se prévalait d'un droit pareil vis-à-vis d'un tiers avait, en cas de contestation, tout comme dans l'instance sur la propriété, à faire la preuve de son droit, ce qui exigeait dans les deux cas non seulement la preuve de l'acte d'établissement mais encore celle de la propriété de l'auteur. Le Préteur le dispensait de cette preuve lorsqu'il avait antérieurement exercé le droit sans opposition, et qu'il y était troublé. A sa requête, en effet, il lui donnait un interdit qui défendait à l'adversaire de continuer à le troubler. Le défendeur n'était pas reçu à soutenir que le demandeur n'avait aucun droit, pas plus que dans les interdits possessoires proprement dits (p. 232); la seule objection qu'il pût faire, c'était, comme là (p. 224) que la possession était entachée de vice, c.-à-d. que le demandeur avait exercé le droit clandestinement, à son insu (*clam*), contre sa volonté déclarée (*vi*) ou seulement avec son autorisation donnée sous réserve de révocation (*precario*). Les deux parties restaient libres, lorsqu'elles avaient succombé dans cette instance, de mettre en contestation le droit; la décision au possessoire ne préjudiciait point au pétitoire; le caractère de l'action possessoire comparé à celui de l'action pétitoire était sévèrement observé tant

Digitized by Google

par rapport à la restriction du litige à la question de possession que par rapport à l'absence d'influence de sa décision, sur la question de droit.

Ici encore, donc, c'est à un *état de pur fait* que la protection du droit se trouve accordée. Mais tout état de fait n'a pas droit à cette protection. Pendant des années, mes poules auraient cherché leur nourriture dans le jardin du voisin, ou mes domestiques auraient jeté des ordures ou des eaux ménagères sur son terrain, que je n'aurais pas pour cela droit à la protection possessoire, c.-à-d. au maintien provisoire de la situation jusqu'à décision de justice; au contraire, si je n'obéis pas à la défense du voisin, c'est lui qui a une action possessoire pour atteinte à ses droits. Il en est autrement lorsque, sans opposition de sa part, j'ai usé du chemin qui passe sur son fonds ou envoyé mes chevaux à son abreuvoir. Quelle est la cause de cette différence ? Elle gît dans la relation de la possession avec le droit. Ce qui est protégé dans la possession, ce n'est point l'état de fait comme tel, mais un état de fait qui peut avoir pour base un droit et qui, par conséquent, peut être considéré comme *l'exercice* ou *l'extériorité d'un droit*. Aussi les juristes romains désignent-ils très exactement cet état comme *juris possessio*. A la rigueur, il faudrait ranger aussi sous le même point de vue, la possession du propriétaire; car elle contient également l'exercice, l'extériorité d'un droit, de la propriété. Mais les juristes romains la désignent au moyen de l'expression *possessio* tout court, ou lorsqu'ils veulent la distinguer de la *juris* ou *quasi possessio*, au moyen de l'expression *corporis possessio*, et il en est exactement de même des expressions modernes *possession réelle* et *possession juridique*.

De même que la propriété doit être possible pour que l'on puisse admettre la possession des choses, il faut qu'un droit soit possible pour que l'on puisse admettre la *possessio juris*. Là où un *jus* dans le sens de la théorie romaine est exclu *in thesi*, l'état de fait n'est pas plus protégé que là où la pro-

Digitized by Google

priété est juridiquement impossible quant à la personne ou à la chose. A notre règle énoncée ci-dessus (p. 226) : *où il n'y a pas de propriété, il ne peut y avoir possession*, correspond la règle : *où il n'y a point de droit, il ne peut y avoir possession de droit*, ou bien en langage de procédure : *où il n'y a point de pétitoire il ne peut y avoir possessoire*. C'est pour ce motif que dans les deux premiers cas cités ci-dessus la protection possessoire est refusée. En effet, ces actes ne peuvent, d'après la théorie romaine sur les servitudes, faire l'objet d'une servitude prédiale. Dans les deux autres, où l'on peut trouver l'objet d'une servitude, la protection est accordée, mais seulement à celui dans le chef duquel ces actes peuvent être considérés comme des droits, c.-à-d. au propriétaire du fonds, et non p. ex. à ses domestiques ou au facteur de la poste qui pendant des années a passé sur le chemin. Si l'exécution purement matérielle de ces actes devait décider, elle devrait leur être accordée tout aussi bien qu'au propriétaire du fonds, et même elle devrait être refusée à ce dernier si par suite de paralysie il n'avait pu lui-même passer sur ce chemin. Mais ces gens n'ont fait que *passer*, ils n'ont pas *exercé un droit;* lui, il a *exercé le droit* bien qu'il n'ait pas *passé*, car ils ont passé à sa place.

On peut donc considérer la quasi-possession comme impliquant une *prétention à un droit*. Que ce droit lui-même existe, c'est ce qui est indifférent, tout comme dans la protection possessoire du propriétaire; il suffit pour la protection possessoire de la possibilité du droit et de l'extériorité de son exercice. Si dans la possession des droits, comme dans celle des choses, la protection possessoire profite même au non ayant droit, cela n'est que la suite inévitable de ce qu'ici également, on n'aurait pu l'accorder au véritable ayant droit sans y laisser participer le non ayant droit; elle est faite pour le premier; le second n'est qu'un parasite que le droit ne peut écarter. L'intelligence de toute la théorie possessoire repose sur la proposition suivante : *la protection possessoire a*

Digitized by Google

été introduite en faveur de l'ayant droit; dans le possesseur, c'est l'ayant droit qu'il s'agit de protéger.

La possession des droits est d'une grande valeur pour la théorie possessoire. Une vérité sur laquelle on a pu se méprendre en matière de possession des choses, à savoir que la possession n'est point le pouvoir physique sur la chose, mais l'exercice, l'extériorité du droit, se manifeste ici avec une clarté telle qu'il est impossible de la méconnaître. Les actes d'exercice isolés que l'ayant droit d'une servitude entreprend sur le fonds d'autrui ne peuvent, en aucune façon, être regardés comme un rapport de pouvoir physique, et les défenseurs de la théorie du pouvoir eux-mêmes n'en ont jamais fait l'essai.

La seule circonstance que le pouvoir physique sur le fonds servant est reconnu au propriétaire s'y opposerait déjà; le pouvoir physique est déjà conféré; il n'est plus disponible et le possesseur du droit doit se contenter de quelque chose de moins. On n'a pas remarqué ici que ce moins peut être équivalent au tout. Lorsqu'une personne a concédé à une autre une servitude de pacage sur une pâture, les actes qu'elles font l'une et l'autre sont exactement les mêmes; toutes deux envoient leur bétail sur la pâture et nul ne pourrait savoir, sans avoir été averti, quel est le propriétaire et quel est l'ayant droit de la servitude, et cependant le même rapport constitue chez l'un le pouvoir physique sur la chose et chez l'autre l'exercice d'un droit sur la chose d'autrui. L'arbitraire que l'on commet en établissant le point de vue du pouvoir physique saute ici aux yeux de façon à ne plus pouvoir être dissimulé.

Une notion générique doit être conçue de telle sorte qu'elle soit exacte pour toutes les espèces que renferme le genre; la notion de possession doit couvrir la possession des choses et celle des droits. La science romaniste n'a pas satisfait à cette condition; vainement on cherche chez elle une notion générique qui embrasse les deux espèces de possessions. Elle se

Digitized by Google

borne à les juxtaposer : la possession des choses est le pouvoir physique, celle des droits est l'exercice d'un droit. Sans doute, elle effleure la notion générique lorsqu'elle ménage la transition de la possession des choses à celle des droits en disant que de même que la possession des choses contient l'exercice de la propriété, de même la possession des droits contient l'exercice d'un droit. Mais ce point de vue lui sert seulement comme d'un pont pour passer d'une espèce à l'autre, alors que précisément en cette occurrence elle aurait dû reconnaître que ce point de vue de l'exercice du droit contient l'idée fondamentale de toute la théorie possessoire, c.-à-d. l'idée générique de la possession. Sous ce rapport la possession des droits est d'une grande valeur scientifique; il ne reste plus, en sa présence, qu'à transporter le point de vue de l'exercice, ou dans mon langage, de l'extériorité du droit, qui ne saurait y être contesté, à la possession des choses, ou de les mettre l'une à coté de l'autre comme deux formations séparées, qui n'ont de commun que le nom de possession, sans avoir de lien intrinsèque, en d'autres termes de renoncer à établir une notion générique. Si même le point de vue du pouvoir physique était complètement exact pour la possession des choses, ce qui n'est point, comme nous l'avons vu ci-dessus (p. 247), encore faudrait-il l'abandonner et le remplacer par un autre pour le seul motif qu'il ne saurait être appliqué à la possession des droits. Il n'y a qu'un seul point de vue qui ait ce mérite, c'est celui de l'extériorité du droit que j'ai établi : la possession des choses est l'extériorité de la propriété, la quasi-possession est l'extériorité des droits sur la chose d'autrui.

A cet avantage de réunir les deux espèces de possession sous une notion commune, il en joint encore deux autres qui échappent également au point de vue du pouvoir physique.

1° Le point de vue de l'extériorité du droit crée un lien intime entre le fait et le droit; celui-là ne se trouve

Digitized by Google

point en présence de celui-ci, ainsi que dans le pouvoir physique, comme un élément étranger et sans relation, mais il s'y rattache comme un élément fourni par la notion du droit elle-même : la réalité, la jouissance, l'exercice du droit, et la protection que la loi accorde à cet état des choses trouve sa justification dans la circonstance que pour l'infinie majorité des cas il coïncide avec le droit.

2° Si l'état de pur fait était protégé comme tel, il devrait aussi l'être là où il ne saurait être considéré comme l'exercice d'un droit. Nous avons vu ci-dessus qu'en pareil cas le droit romain refuse la protection possessoire; cela ne trouve son explication que dans le point de vue de l'extériorité du droit.

En résumé : le droit romain protège, dans la possession, l'extériorité du droit; il a créé cette protection en faveur de l'ayant droit, mais pour la lui procurer, il devait y laisser participer également le non ayant droit, faveur qui pour ce dernier n'a qu'un effet passager et que l'ayant droit peut aisément supporter, car il possède dans l'action naissant du droit le moyen de mettre fin en tout temps à la possession du non ayant droit. Pour celui-ci, la protection possessoire n'est qu'un provisoire; pour l'ayant droit contre lequel nul ne peut agir par les voies du droit pour lui enlever la possession, elle est définitive. La théorie possessoire règnante a méconnu ce but législatif de la protection possessoire, et dans sa construction de la théorie de la possession, elle a pris pour point de départ, non l'ayant droit, mais le non ayant droit. Elle s'est ainsi égarée sur un terrain où il était impossible de la concilier avec l'aspect de la possession en droit romain.

11. *Transformation de la possession dans le développement du droit moderne.* Cette transformation affecte une double direction : la possession des choses et celle des droits.

A) *Possession des choses.* L'idée romaine de l'absence de protection du détenteur, dans les cas où la chose lui était remise dans son propre intérêt (détention intéressée, p. 228),

Digitized by Google

était en trop ouverte contradiction avec le sentiment juridique des peuples modernes et même, quant au fermier, avec le droit existant, pour que la doctrine ne dût pas se préoccuper de chercher ici un remède. Elle le trouva dans le développement coutumier insensible de deux moyens de droit : le *summariissimum* ou recréance, et l'*actio spolii* ou réintégrande. Leur caractère commun était d'être accordés même au détenteur. La recréance supposait un trouble ou une menace à la possession d'une chose immobilière (même d'un étage de maison) et tendait au maintien provisoire de l'état des choses existant. La réintégrande supposait une dépossession injuste de choses quelconques, mobilières ou immobilières, et elle tendait à la condamnation du défendeur à restituer. Le reste ne présente point d'intérêt pour les personnes étrangères au droit. Il suffit, pour elles, de remarquer qu'il y a ici rupture complète avec la théorie romaine. Il n'est pas étonnant que le romanisme orthodoxe ait lâché ici tous ses anathèmes. En réalité cet écart de la théorie romaine mérite la plus entière approbation au point de vue de la vie pratique.

Cette voie a été suivie par plusieurs législations nouvelles, parmi lesquelles il faut citer en première ligne le Landrecht prussien, qui, appréciant exactement l'importance de l'élément d'intérêt dans la question de possession, reconnaît la possession à tout individu qui dans un rapport de possession dérivée a obtenu une chose dans son propre intérêt (rapport de possession intéressée), et en particulier au fermier et au locataire, en ne conservant la notion de détention (*Inhabung*) que pour celui auquel la chose a été remise dans le seul intérêt du *dominus possessionis* (rapport de possession par procuration). Le projet du code civil allemand a fait un pas de plus en accordant l'action possessoire à tout détenteur quelconque, ce qui, à mon avis, ne saurait être approuvé. Il faut en dire autant de l'innovation aussi déplacée au point de vue du langage qu'erronée en fait, par laquelle il admet, conformément à l'insoutenable théorie romaniste sur l'*ani-*

Digitized by Google

mus domini, la distinction théorique de la possession et de la détention (*Inhabung*).

B) *La possession des droits*. Elle a reçu dans le développement du droit moderne une extension extraordinaire. Il a été précédé dans cette voie par le droit canon et par la jurisprudence des tribunaux ecclésiastiques, qui ont appliqué la possession à tous les droits régaliens, dignités, fonctions, bénéfices et dîmes de l'église, et leur exemple a été si bien suivi par la législation et par la jurisprudence des tribunaux séculiers qu'il n'y a pas un rapport du droit public ou privé qui n'ait été mis en rapport avec l'idée de possession, du moment qu'elle pouvait s'y appliquer d'une manière quelconque. L'idée dirigeante était la suivante. Tout individu qui se trouve en jouissance paisible d'un droit quelconque, auquel correspond un *exercice prolongé*, de quelque espèce que soit ce droit : monopole, privilège, droit banal, droit patrimonial ou de famille etc., consistant dans un état de fait, dans des actes de l'ayant droit ou dans des prestations de l'obligé, telles que paiement de rentes foncières, prestations, corvées, etc., doit être provisoirement protégé dans cette jouissance, lorsqu'elle lui est contestée, jusqu'à ce que la non-existence du droit soit judiciairement établie. Ce fut en ce sens que même dans des cas de contestation de la validité du mariage ou de la légitimité d'un enfant, on accorda une action pour protéger la quasi-possession de la qualité d'époux ou d'enfant; même le droit de porter des armoiries, des titres de noblesse et jusqu'au titre de docteur, devint l'objet de la quasi-possession. Dans le cas où l'autorité administrative interdisait de continuer à porter ces titres, l'intéressé avait le droit de se pourvoir en justice, et le juge le protégeait dans sa quasi-possession jusqu'à décision définitive. Le fonctionnaire était même protégé contre le gouvernement du chef de la rétention d'appointements, de pensions, de la défense de percevoir des émoluments, jusqu'à ce que la chose eût été décidée par qui de droit, et à l'époque de l'em-

Digitized by Google

pire germanique, les administrations territoriales en conflit sur l'exercice de leurs droits domaniaux respectifs cherchaient la protection de leur quasi-possession auprès des tribunaux de l'empire. Les actions pour dettes personnelles, où la cessation du paiement des intérêts aurait pu tout aussi bien donner place au point de vue de la protection de la quasi-possession, furent les seules auxquelles il ne fut jamais appliqué.

La détermination exacte de l'étendue que peut réclamer l'idée de la quasi-possession dans notre droit et notre procédure si complètement modifiés dans tous les sens est un problème qui reste encore à résoudre. Je ne puis admettre que le droit d'une époque future puisse jamais l'abandonner complètement; elle est trop saine pour cela; il ne peut s'agir pour la législation que de lui tracer ses limites exactes. Il importe peu qu'elle veuille, en cela, se servir ou non du mot *possession juridique;* le juriste saura ce qu'il doit décider et de quels termes il doit se servir lorsque la loi protège provisoirement un état de fait, dont la légitimité n'est pas encore démontrée pour le moment. En réalité, il y aura toujours possession de *choses* et de *droits;* le nom ne fait rien à l'affaire.

12. *Bibliographie.* Elle est prodigieusement riche et véritablement débordante; il ne se passe point d'année qui n'apporte des dissertations et des livres sur la possession. Pour l'homme étranger au droit, la citation des ouvrages, même des plus importants seulement, sur cette matière, ne présenterait aucun intérêt. Je me bornerai à signaler deux ouvrages dont chacun, à sa manière, a fait époque. Le premier est celui de SAVIGNY, LE DROIT DE POSSESSION, dont la première édition a paru en 1803, et la septième en 1865, publiée après la mort de l'auteur par RUDORFF.

C'est un livre qui a frayé des voies nouvelles et qui a fait époque non seulement pour la théorie de la possession, mais encore pour le développement de toute la science romaniste.

Le fait est d'autant plus remarquable qu'il était la

Digitized by Google

première œuvre d'un jeune homme de 24 ans. Pour ma part, néanmoins, je ne puis lui accorder que l'importance passagère d'un brillant météore. Au point de vue de l'histoire de la matière, il lui restera toujours le mérite d'avoir puissamment excité et favorisé la recherche scientifique sur le terrain de la théorie possessoire. Quant à ses résultats réels pour la science, je les considère comme très médiocres; à mon avis SAVIGNY n'a rendu justice ni au droit romain ni à l'importance pratique de la possession, parce que d'une part, les idées préconçues qu'il avait lui ôtaient l'impartialité nécessaire pour reconnaître exactement le droit romain, et parce que, d'autre part, lorsqu'il s'est mis à l'œuvre, il était dépourvu de toute notion de la pratique, défaut qui devait être doublement pernicieux, surtout dans la théorie de la possession qui ne saurait être comprise sans la pratique. L'ouvrage de Savigny est devenu la pomme de discorde de la jurisprudence de notre siècle; il a déchaîné un conflit sans précédent. Pas une seule des idées fondamentales qui y sont exposées n'est restée à l'abri d'attaques qui, pour certaines d'entre elles, ont eu tant de succès qu'il est unanimement reconnu aujourd'hui qu'elles sont insoutenables. L'avenir apprendra si les autres échapperont à ce sort; — il n'en restera pas une seule, à mon avis.

Le second ouvrage est celui de BRUNS *Das recht des Besitzes in mittelalter und in der gegenwart*, 1848. C'est, à mon avis, l'œuvre scientifique la plus précieuse de tout notre siècle, en matière de possession, c'est un vrai chef d'œuvre, car il a résolu le problème qu'il s'était posé : le développement historique de la possession dans le monde moderne, de telle manière qu'après lui il ne reste plus rien à dire. Le problème est résolu pour toujours. L'ouvrage de BRUNS conservera sa valeur pour la science, lorsque celui de SAVIGNY ne présentera plus qu'un intérêt historique.

FIN.

Digitized by Google

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES.

I. TABLE DES TEXTES CITÉS.

Pages.

Institutes.

1.23 de curationibus.
pr. . . . . I. 225
§ 2 . . . . . I. 224

2.1 de divisione rerum.
§ 25 . . . . . I. 329
§ 26 . . . I. 78, 311, 360
§ 34 . . . . I. 303, 305
§ 35 . . . . . I. 192
§ 39 . . . . I. 10

2.4 de usufructu.
§ 2 . . . . . I. 281

2.6 de usucapionibus.
§ 3 . . . . . I. 108

3.14. Quibus modis re contrahitur.
pr. . . . . I. 147

3.19 de inutilibus stipulationibus.
§ 17 . . . . . I. 215

3.23 de emtione et venditione.
§ 3 . I. 5 s. 32, 43, 114. 118
§ 5 . . . . II. 10, 57

3.24 de locatione et conductione.
§ 4 . . . . . I. 167

Pages.

4.4 de injuriis.
§ 7 pr. . . . . II. 188

4.6 de actionibus.
§ 28 . . . . . I. 266

4.10 de iis per quos agere possumus.
pr. . . . . II. 170

Digeste.

Praef. I de conceptione digestorum.
§ 13 . . . . . I. 206

1.3 de legibus.
L. 3 . . . . . II. 131
L. 6 . . . . . II. 131
L. 20 . . . . . I. 327

1.7 de adoptionibus.
L. 18 . . . . . II. 84

1.8 de divisione rerum.
L. 2 § 1 . . . . II. 108
L. 5 pr. . . . . II. 108

1.14 de officio praetorum.
L. 3 . . . . . II. 31

1.18 de officio praesidis.
L. 18 . . . . . I. 286

2.1 de jurisdictione.
L. 11 § 1 . . . . I. 253

Digitized by Google

Pages.

2.5. Si quis in jus vocatus.
L. 2 § 1 . . . . . I. 98
2.11. Si quis cautionibus.
L. 1 § 9 . . . . . I. 276
2.13 de edendo.
L. 4 § 5 . . . . . I. 176
2.14 de pactis.
L. 39 . . . . . I. 179
L. 61 . . . . . II. 189
2.15 de transactionibus.
L. 3 § 2 . . . . . I. 320
3.2 de his qui notantur infamia.
L. 18. . . . . II. 12
3.3 de procuratoribus.
L. 8 pr. . . . . I. 243
L. 27 §1. . . . . I. 250
L. 28 pr. . . . . I. 250
L. 46 § 4. . . . . I. 45, 73
L. 67. . . . . I. 252, 256
L. 68. . . . . I. 248
3.4 quod cujuscunque universitatis nomine...
L. 10. . . . . I. 250
3.5 de negotiis gestis.
L. 6 § 3 . . . . . I. 46
§ 9 . . . . . I. 46
§ 10. . . . . I. 46
§ 12. . . . . I. 54
L. 8 pr. . . . . I. 54
§ 1 . . . . . I. 45, 73
L. 9 . . . . . I. 241
L. 10 § 1. . . . . I. 244
L. 19 § 3 . . . . . I. 54
L. 23 . . . . I. 45, 73
L. 31 pr. . . . . I. 255
L. 38 . . . . . I. 54
L. ult. (49) I. 76. s. 79, 81, 291 ss. 341, 357, 359, 367
4 2 quod metus causa.
L. 14 § 11 . . . I. 103, 273
§ 12 . . . . I. 311
L. 21 § 2. . . . . I. 24

Pages.

4.3 de dolo malo.
L. 1 § 2 . . . . . II. 13
§ 5 . . . . . I. 98
L. 7 § 10. . . . . II. 13
L. 18 § 5. . . . . I. 42
L. 19. . . . . I. 42
L. 33. . . . . II. 13, 21
L. 39. . . . . II. 29
4.4 de Minoribus 25 annis.
L. 1 § 3 . . . . . I. 225
L. 7 § 7 . . . . . II. 12
§ 8 . . . . . I. 238
L. 11 § 4. . . . . I. 240
L. 24 § 1. . . . . I. 238
L. 27 § 1. . . . I. 224, 321
L. 35. . . . . II. 177
4.6. Ex quibus causis majores.
L. 30 § 1 . . . . . I. 333
L. 44. . . . . I. 273
4.7 de alienatione judicii mutandi causa.
L. 1 pr. . . . . II. 174
L. 3 § 4 . . . . . II. 174
4.8 de receptis.
L. 3 § 1 . . . . . II. 161
L. 13 § 2. . . . . II. 194
L. 21 § 10 . . . . I. 176
L. 32 § 12 . . . . II. 161
4 9. Nautae, Caupones...
L. 7 pr. . . . . II. 76
5.1 de judiciis.
L. 18 § 1 . . . . . I. 243
5.3 de hereditatis petitione.
L. 13 § 4. . . . . I. 352
§ 8. . . . . I. 352
L. 16 § 4. . . . . I. 76
§ 7. . . . . I. 76
L. 18 § 4. . . . . I. 77
L. 20 § 2. . . . . I. 68
§ 3. . . . . I. 322
§ 6. . . . . I. 76
§ 12 . . . . I. 68
§ 16 . . . . I. 68
§ 18 . . . I. 17, 45
§ 21 . . . . I. 103

Digitized by Google

Pages.
L. 22. . . . I. 68, 319
L. 23 § 1. . . . I. 76
L. 24. . . . . I. 77
L. 25 pr. . . . I. 76
§ 11 . . . I. 18
§ 16 I. 195, 240, 318
§ 17 . . I. 76, 363
§ 20 . . . I. 322
L. 27 § 1. . . . I. 76
L. 28. . . I. 68, 76, 319
L. 30. . . I. 61, 69, 76
L. 31 § 1. . . . I. 54
L. 33 pr. . . . I. 30
§ 1. . . . I. 67 s.
L. 36 § 3. . . . I. 68
L. 40 pr. . . . I. 103
L. 45. . . . II. 15, 29
L. 50 § 1. . . . II. 160
L. 52. . . . . I. 76
L. 53. . . . . I. 67 s.
L. 55. . . . I. 47, 77
L. 56. . . . . I. 76

6.1 de rei vindicatione.
L. 3 § 1 . . . . I. 202
L. 5 § 3 1. 303, 305, 308, 364
L. 15 § 1. . . . I. 66
§ 2. . . . I. 66
§ 3. . . I. 69, 103
L. 17 pr. I. 69, 80, 297, 360
§ 1. . . . I. 55
L. 23 § 5. . I. 305, 360, 365
L. 25. . . . . II. 29
L. 27 pr. . . . II. 29
§ 3. . . . 1. 319
§ 5. . . . II. 59
L. 28. . . . . II. 59
L. 31. . . . . II. 59
L. 34. . . . . I. 9
L. 48. . . I. 79, 306, 321
L. 49 § 1. . . . 1. 303
L. 52. . . . I. 366 s.
L. 56. . . . . I. 202
L. 62 pr. . . . I. 8

6.2 de publiciana in rem actione.
L. 14. . . I. 252, II. 79

Pages.
7.1 de usufructu.
L. 7 § 1 . . . . I. 29
§ 2 . . . . I. 30
L. 9 § 4 . . . . I. 9
L. 13 § 4. . . . II. 172
L 15 § 4. . . . I. 281
§ 5. . . . I. 281
L. 21. . . I. 18, 19, 31
L. 22. . . . I. 18, 19
L. 25 § 1. . . . I. 31
L. 68 § 2. . . . I. 202
L. 69. . . . I. 202 s.
L. 70 pr. . . I. 202 s.
§ 1. . . . I. 202
§ 3. . . . I. 204

7.5 de usufructu earum rerum quae usu consumuntur.
L. 1 . . . . . I. 285
L. 7 . . . . I. 262, 282
L. 11 . . . . I. 282

7.8 de usu et habitatime.
L. 2 . . . . . I. 218
§ 1. . I. 219, II. 195
L. 4 . . . . 1. 218 s.
L. 6 . . . . . I. 218
L. 8 . . . . . I. 218
L. 9 . . . . . II. 195
L. 10 pr. . . I. 217 ss.

7.9 Usufructuarius quemadmodum caveat.
L. 9 § 3 . . . . I. 281

8.1 de servitutibus.
L. 15 pr. . . . . II. 184
L. 19 . . . . II. 189

8.2 de servitutibus praed. urb.
L. 1 pr. . . . . II. 108
L. 11 pr. . . . II. 142
L. 14. . . . . II. 142
L. 18. . . II. 132 s. 139
L. 19 pr. . . II. 132 s. 139

8.3 de serv. praed. rust.
L. 3 § 2 . . . . II. 138
L. 8 § 7 . . . . II. 138
L. 16. . . . . II. 106

Digitized by Google

Pages.

8.4 Communia praediorum.
L. 6 pr. . . . . II. 189
L. 18. . . . . II. 82

8.5 Si servitus vindicetur.
L. 8 § 5 . . II. 127 s. 131
§ 6 . . . . II. 137
L. 17 pr . . . . II. 126
§ 2 . . . II. 133, 139

9.1 Si quadrupes pauperiem.
L. 3 . . . . . II. 175
L. 2 pr. . . . . I. 44

9.2 ad legem Aquiliam.
L. 2 pr. . . . . I. 299
L. 15 pr . . . . I. 42
L. 22 pr . . . . I. 278
L. 29 § 1. . . . . II. 107
L. 30 § 2. . . . . I. 314
L. 27 § 28 . . . I. 98
L. 33 pr. . . . . II. 152

9.3 de his qui effuderint.
L. 1 pr. . . . . II. 175
§ 5 . . . . . II. 175
§ 6 . . . . . II. 175
L. 5 § 5 . . II. 166, 175
L. 7 . . . . . II, 175

10.1 Finium regundorum.
L. 4 § 2 . . . . . I. 263
L. 13. . . . . II. 126

10.2 Familiae erciscundae.
L. 18 § 2. . . . . II. 167

10.3 Communi dividundo.
L. 6 § 1 . . . . . II. 29
L. 7 § 13. . I. 12, 15, 66
L. 11. . . . . II. 29
L. 14 § 1 . I. 306 II. 29
L. 29 pr. . . . . I. 306

10.4 ad exhibendum.
L. 3 § 15 . . . . I. 219
L. 9 § 1 . . . . . I. 314
§ 4 . . . . . I. 305
L. 11 § 1. . . . . I. 176
L. 12 § 3 . . . . I. 303

11.3 de servo corrupto.
L. 14 § 1 . . . . II. 164
§ 9 . . . . I. 71

Pages.

11.6 si mensor falsum modum dixerit.
L. 1 § 1 . . . . . II. 13

11.7 de religiosis.
L. 8 § 1 . . . . . II. 10, 27
L. 11. . . . . II. 176, 189
L. 12 pr. . . . . II. 162
L. 14 § 2 . . . . II. 160

12.1 de rebus creditis.
L. 2 § 2 . . . . . I. 261
§ 4 . . . . . I. 261
L. 4 § 1 . . . . . I. 78
§ 2 . . . . . I. 78
L. 11 pr. . . . I. 209 s.
L. 12 . . . I. 305 II. 16
L. 13 pr. . . I. 305, 314
§ 1 . . . . . I. 305
L. 17 . . . . . I. 243
L. 18 pr. . . . I. 257, 359
L. 19 § 1. . I. 305, 314, 333
L. 23 I. 6, 58, 77 s. 81, 291 ss. 341, 356, 359, 367
L. 26. . . . . I. 250
L. 31 § 1 . . . . I. 357
L. 32. . . . . I 265
L. 40. . . . . I. 215

12.2 de jurejurando.
L. 13 § 2. . . . . I. 311

12.3 de in litem jurando.
L. 1 . . . . . II. 159
L. 8 . . . . . II. 159

12.4 de condictione causa data
L. 4 . . . . . I. 104
L. 5 pr. . . . . II. 26
§ 3 . . . . . I. 104
§ 4 . . . . . I. 273
L. 7 § 1 . . . . . I. 321
L. 12 . . . . . I. 321

12.6 de condictione indebiti.
L. 15 pr. . . . . I. 9, 321
§ 1 . . . . I. 25
L. 19 § 2. . . . . I. 156
L. 26 § 12 . . I. 75, 240
§ 13 . . . . I. 165
L. 33. . . . . I. 306

Digitized by Google

Pages.
L. 51. . . . . I. 306
L. 65 § 5. . . . . I. 321
§ 7. . . I. 241, 318
§ 8. . . I. 75
13.1 de condictione furtiva.
L. 1 . . . . . I. 299
L. 8 . . . . . I. 309
L. 10 § 1. . . . . I. 311
§ 2. . . . . I. 299
13.5 de pecunia constituta.
L. 18 § 3. . . . . I. 112
L. 24. . . . . I. 216
13.6. Commodati.
L. 5 pr. . . . . I. 176
§ 3 . . . . I. 118, 271
L 17 § 3 . . . . . II. 194
13.7 de pigneratitia actione.
L. 11 § 6 . . . . I. 252
L. 22 pr . I. 49, 53, 74, 77
§ 1. . . . . I. 77
L. 22 § 2. . . . . I. 23
L. 43 § 1. . . . . I. 276
14,1 de exercitoria actione.
L. 1 § 18. . . . . I. 250
§ 24. . . . . I. 257
14,2 de lege Rhodia de jactu.
L. 2 § 2 . . . . . II. 175
L. 10 § 1. . . . I. 121, 273
14,3 de institoria actione.
L. 1 . . . . . I. 250
L. 2 . . . . . I. 250
L. 5 § 10. . . . . I. 216
L. 11 § 5. . . . . II. 78
L. 16. . . . . I. 255
L. 19 pr. . . . . I. 255
14,6 de Scto Macedoniano.
L. 3 pr. . . . . II, 53
§ 3 . . . . . I. 236
L 7 § 13. . . I. 244, 318
15.1 de peculio.
L. 3 § 5 . . . . . I. 236
L. 19 § 1 . . . . I. 18
L. 47 § 1 . . . . I. 236
L. 50 § 3 . . . . I. 7
L. 52 pr. . . . . I. 250

Pages.
15.3 de in rem verso.
L. 3 § 1 . . . I. 240, 317
§ 2 . . . . . I. 240
§ 3 . . . . I. 242, 318
§ 5 . . . . . I. 317
§ 9 . . . . . I. 244
L. 5 § 2 . . . . . I. 241
L. 7 § 3 . . . . . I. 318
L. 17 pr. . . . . II. 34
L. 20 § 1 . . . I. 215, 242
16.1 ad Sc. Velleianum.
L. 4 § 1 . . . . . I. 222
L. 27 § 1 . . . . II. 56, 58
16.2 de compensationibus.
L. 15. . . . . I. 176
16.3. Depositi.
L. 1 § 11. . . . . I. 248
§ 47. . . . I. 67, 76
L. 2 . . . . . I. 67, 76
L. 3 . . . . . I. 76
L. 4 . . . . . I. 76
L. 12 § 1. . . . . I. 176
L. 14 § 1. . . . I. 121, 273
L. 23. . . . . I. 254
L. 32. . . . . II. 13
17.1 Mandati.
L. 2 pr. . . . . II. 183
§ 2. . . . . II. 168
§ 3. . . . . II. 168
§ 6. . . . . II. 183
L. 6 § 4. . . II. 168, 173
L. 8 § 4. II. 76 II. 168, 173
§ 6. . . II. 168, 173
§ 8. . . . . II. 34
§ 10 . . . I. 71, 248
L. 10 § 3. . . . I. 60, 74
§ 4. . . . . II. 194
§ 5. . . . . I. 255
§ 6. . . . . I. 248
§ 8. . . . I. 8, 60, 74
L. 12 § 17 . . . . II. 167
L. 22 § 7. . . . . I. 158
L. 26 pr. . . . . II. 26
§ 1. . . . . II. 26
L. 29 § 1. . . . . II. 26
§ 2. . . . II. 26, 34

Digitized by Google

Pages.
L. 31 . . . . . I. 54
L. 38 pr . . . . I. 253
L. 43 . . . . . I. 248
L. 45 pr. . . . I. 248, 252
L. 47 § 1. . . . . I. 333
L. 54 pr. . . II. 167. 180
L. 58 pr. . . . . II. 26
L. 59 pr. . . . . I. 248

17.2 Pro socio.
L. 19 . . . . . II. 35
L. 23. . . . . II. 35
§ 1. . . . . II. 76
L. 52 § 3. . . . . I. 272
§ 4. . . . . II. 34
L. 58 § 1. . . . . I. 159
L. 60 § 1. . . . . I. 20
L. 61. . . . . II. 34
L. 67 § 1. . . . . I. 8, 60
L 84. . . . . I. 255

18.1 de contrahenda emptione.
L. 4. . . . . I. 28, 57
L. 6 pr. . . . . II. 57
§ 1 . . . . II. 28
L. 8 pr. . . . . I. 166
L. 12. . . . . II. 16
L. 15 pr.. . . . . II. 61
L. 20. . . . . I. 167
L. 34 § 2. . . . . II. 57
§ 4. . . . . I. 352
§ 5. . . . . I. 131
§ 6. . . . I. 118, 161
L. 35 § 4. . I. 32, 43, 115
§ 5. I. 131, 152, 155, 162
§ 6. . . I. 131, 152
§ 7. . . I. 131, 152
L. 39 § 1. . . . . I. 166
L. 57. . . . . II. 61
L. 62 § 1. . . . . II. 10
L. 65. . . . . I. 167
L. 70 . . . II. 28. 57
L. 79. . . . . II. 151

18.2 de in diem addictione.
L. 4 § 4 . . . . I. 42, 43
L. 16. . . . . II. 28

18.3 de lege commissoria.
L. 4 pr. . . . . II. 28

Pages.
18.4 de hereditate vendita.
L. 2 pr. . . . . I. 16
§ 7 . I. 17, 45, II. 34
L. 5 . . . . . II. 64
L. 7 . . . . . II. 16, 64
L. 8 . . II, 5, 11, 19, 64
L. 9 . . II. 5, 11, 16, 60
L. 12. . . . . II. 61
L. 21. I. 6. 32 ss. 73. 78 ss. 320 s. 335.
L. 23 § 1. . . . I. 34, 48
L. 24. . . . . II. 151

18.5 de rescindenda venditione
L. 5. § 2. . . . . I. 118
L. 6 . . . . . II. 28

18.6 de periculo et comm. rei venditae
L. 1-4 . . . . . I. 174
1 § 1 . . . . . I. 131
§ 3 . . . I. 148, 184
§ 4 . . . . . I. 184
L. 5 . . I. 131, 151, 184
L. 7 pr . . . . . I. 5, 9
L. 10 § 1 . . . . I. 131
L. 12. . . . . I. 169
L. 13. . . . . I. 169 s.
L. 14 § 1. I. 149, 171, 175
L. 18 pr. . . . . I. 11

18.7. de servis exportandis
L. 6 pr. . . . . II. 167
§ 1 . . . II. 150 180
L. 7 . . . . II. 167, 180
L. 10. . . . . II. 151

19.1 de actionibus emti.
L. 1 § 1 . . . . II. 15
L. 3 pr. . . . . I. 352
L. 11 § 6 . . . . II. 29
§ 13 . . . . I. 352
§ 18 . . . . I. 349
L. 13 pr. } § 1 } . . . . II. 19
§ 3. . . . II. 19, 33
§ 11 . . . . I. 64
§ 12 . . . I. 28, 43
§ 13 I. 8. 20, 30, 64, 74

Digitized by Google

Pages.
§ 17 . I. 12, 16, 66
§ 18 . . I. 7, 20, 23, 30, 71.
§ 25 . . I, 247 ss.
L. 21 pr. . . . II. 10
§ 2. . . . II. 10
L. 23. . . I. 59, 65, 75
L. 24 § 1. . . I. 357, 360
L. 30 pr. . . I. 78, 359
L. 31 pr. . . I. 36, 43
L. 35. . . . . I. 352
L. 43. . . . . II. 178
L. 45 § 2. . . . II. 178

19.2. Locati conducti.
L. 2 § 1 . . . I. 147, 167
L. 3 . . I. 124, 158, 272
L. 6 . . . . I. 44, 48
L. 13 § 6. . . . II. 36
L. 15 § 1. . . . II. 172
L. 19 § 1. . . . II. 36
§ 9. . . . I. 116
L. 25 § 2. . . . II. 172
§ 7. . . . II. 76
L. 27 pr . . . . II. 172
L. 31. . . . . I. 158
L. 33. . . . . II. 29
L. 37. . . . . I. 147
L. 36. . . . . I. 147
L. 52. . . . II. 70
L. 54 § 2. . . I. 158, 272
L. 57. . . . . II. 139

19.3 de aestimatoria
L. 1 pr. . . . I. 124, 266
§ 1 . . . . I. 118

19.5 de praescriptis verbis.
L. 1 à 3 . . . . I. 267 s.
L. 4 . . . . I. 268
L. 5 § 5 . . . . II. 178
L. 7 . . . . II. 183
L. 8 . . . . . I. 270

20.1 de pignoribus et hypothecis.
L. 1 § 4 . . . . I. 321
L. 16 pr. . . . I. 9

20.2. In quibus causis pignus.
L. 9 . . . . . I. 287

Pages.
20.5 de distractione pignorum.
L. 12 § 1. I, 45, 73, 296, 360

21.1 de aedilitio edicto.
L. 1 § 2 . . I. 355, II. 12, 19, 33.
L. 14 § 10 . . . II, 15
L. 23 § 1. . . . II, 17
§ 9. . I. 20, 23, 30
L. 24 . . . . I, 20, 30
L. 31 pr. . . . II. 17
L. 38 § 3. . . . I. 124
L. 40. . . . . II. 176
L. 42. . . . . II. 176
L. 47 § 1. . . . I. 124
L. 58 pr . . . . II. 17

21.2 de evictionibus.
L. 9 . . . . . I. 348
L. 15 § 1. . . . I. 352
L. 16 § 1. . . I. 351 s.
L. 21 pr . . . . I. 97
§ 1 . . . . I. 349
§ 2 . . . . I. 349
L. 24. . . . . I. 351
L. 26 . . . . I. 247
L. 29 § 1 . . . I. 349
L. 34 § 1 . . . I. 352
§ 2 . . . I. 352
L. 38 . . . . I. 62
L. 39 pr. . . . I. 352
§ 1 . . I. 352, 354
§ 3 . . . I. 352
L. 41 § 1 . . . I. 26
L. 46 § 1 . . . I. 352
§ 2 } § 3 } . . . I. 352
L. 48 . . . . I. 352
L. 49 . . . . I. 352
L. 54 pr. . . I. 333, 355
L. 56 § 2. . . . I. 350
§ 32 . . . I. 26
L. 57 pr. . . I. 349, 351
§ 1. . . . I. 349
L. 62 § 1. . . . I. 354
L. 66 pr. . . . I. 352
§ 2. . . . I. 247
L. 67. . . . . I. 349

Digitized by Google

Pages.
L. 70 . . . . . I. 349
L. 71 . . . . . II. 165
L. 75 . . . . . I. 352

22.1 de usuris et fructibus.
L. 4 § 1 . . . . . I. 9
L. 26 . . . . . I. 9
L. 34 à 36 . . . . I. 8
L. 34 . . . . . I. 60, 64
L. 36 . . . . . I. 64
L. 38 . . . . . I. 9
§ 1. . . . . I. 321
§ 2. . . . . I. 321
§ 3. . . . . I. 321
§ 4. . . . . I. 321
L. 45 . . . . I. 23, 262

22.2 de nautico foenore.
L. 9 . . . . . I. 278

22.3 de probationibus.
L. 25 § 1. . . . . I. 235

23.1 de sponsalibus.
L. 4 pr. . . . . I. 230

23.2 de ritu nuptiarum.
L. 19. . . . . II. 160

23.3 de jure dotium.
L. 4 . . . . . I. 11
L. 6 § 1 . . . . . I. 24
L. 10 § 1. . . . . I. 9
§ 3. . . . . I. 203
§ 6. . . I. 124, 272
L. 15. . . . . I. 118
L. 18. . . . I, 158, 160
L. 47. . . . . I. 30
L. 56 pr. . . I. 121, 273
L. 60 . . . . . I. 226
L. 61. . . . . I. 226
L. 67 . . . . I, 262, 360
L. 75. . . . . I. 261
L. 78 § 4. . I. 12, 66, 160
L. 81 . . . . . I. 24

23. de pactis dotalibus.
L. 21 . . . . . I. 156

23.5 de fundo dotali.
L. 11. . . . . I. 272

Pages.
24.1 de donationibus inter vir. et ux.
L. 3 § 11. . . . . I. 262
L. 7 § 3 . . . . . I. 76
§ 5 . . . . . I. 271
L. 17. . . . . I. 322
L. 28 § 3. . . . . I. 76
L. 29 pr. . . . . I. 76
§ 1. . . . . I. 308
L. 30. . . . . I. 308
L. 52 pr. . . . . I. 272
L. 55 . . . . . I. 76

24.3 Soluto matrimonio.
L. 2 § 1 . . . . . I. 243
L. 7 § 12 . . . . L. 10
L. 22 § 8. . . . . II. 161
L. 18 § 1. . . . . I. 42, 43
L. 42 § 1 . . . . . I. 321
L. 64 § 5. . . . . I. 20, 75

25.1 de impensis in res dotales factis.
L. 8 . . . . . I. 306
L. 15 . . . . . I. 306
L. 16. . . . . I. 306

25.2 Rerum amotarum.
L. 3 § 3 . . . . . I. 195

25.3 de agnoscendis et al. liberis.
L. 5 § 1, 2, 5, 8 . . . . II. 161

26.7 de administratione et per. tutor.
L. 9 pr. . . . . I. 250
L. 12 § 3 . . . . I. 241
L. 13 pr. . . . . I. 241
§ 2 . . . . I. 241

26.8 de auctoritate tutorum.
L. 5 pr. . . . . I. 239

26.9 Quando ex facto tutoris.
L. 2 ss. . . I. 59, 250, 294

Digitized by Google

Pages.

26.10 de suspectis tutoribus.
L. 1 § 7 . . . II. 166
L. 7 § 1 . . . II. 13

27.2 Ubi pupillus educari...
L. 1 § 2 . . . II. 161
L. 4 . . . . . I. 241

27.3 de tutelae et rationibus distrahendis.
L. 1 § 2 . . I. 241, II. 166

27.8 de magistratibus conveniendis.
L. 1 § 1 . . . . I. 251

27.9 de rebus eorum qui sub tutela...
L. 1 § 2 . . . . I. 12
L. 3 § 1 . . . . I. 223
L. 5 § 5 . . . . I. 223
§ 6 . . . . I. 223
L. 7 § 5 . . . . I. 236

28.6 de vulgari et pup. subst.
L. 10 § 6. . . I. 18, 19

29.2 de acquir. vel om. hereditate.
L. 45 § 4. . . . I. 18

29.3. Testamenta quemadmodum aperiantur.
L. 2 § 8 . . . . II. 161
L. 4 § 8 . . . . II. 161

30. de legatis I.
L. 30 § 6 . . . . I. 160
L. 34 § 3 . . . . I. 156
§ 4 . . . I. 156, 160
§ 5 . . . . I. 156
L. 37 pr. . . . . I. 156
L. 39 § 1 . . I. 23, 30, 120
L. 47 § 6 . . . . I. 103
L. 84 § 3 . . . . I. 187
§ 9 . . . . I. 165
L. 108 § 11 . . . I. 120
L. 114 § 8 . . . II. 160

31. de legatis II.
L. 54. . . . . II. 173
L. 70 pr. . . . . I. 25
§ 1. . . I. 25, 61

32. de legatis III.
L. 8 pr. . . . . I. 45
L. 11 § 25 . . . II. 162
L. 16. . . . . I. 9
L. 19. . . . . II. 166

33.1 de annuis legatis.
L. 7 . . . II. 160, 167

33.4 de dote praelegata.
L. 7 § 4 . . . . I. 307

33.5 de optione legata.
L. 2 § 1 . . . . I. 156
L. 20. . . . . I. 165

33.6 de tritico, vino...
L. 8 . . . . . I. 184

34.2 de auro, argento...
L. 34. . . . . I. 158

35.1 de conditionibus.
L. 71 pr. . . . . II. 166
§ 2 . . . . II. 160
L. 92 . . . II. 160, 169

35.2 ad legem Falcidiam.
L. 1 § 17. . . . I. 17
L. 3 pr. . . I. 7, 29, 53, 61
§ 1 . . I. 29, 53, 61
L. 21 pr. . . . I. 17
L. 30 § 4 . . . I. 156, 160
§ 5. I. 156, 162, 184
L. 60 § 1 . . . . I. 61
L. 61. . . . . I. 61
L. 63 § 1. . . . I. 45

36.1 ad Sc. Trebellianum.
L. 58 § 4. . . . I. 203
L. 63 § 4. . . . I. 18

36.4. Ut in possessionem.
L. 6 pr. . . . . I. 262

37.6 de collatione.
L. 2 § 4 . . . . II. 180

38.1 de operis libertorum.
L. 20 § 1. . . . I. 176
L. 21. . . . . I. 176

Digitized by Google

Pages.

38.2 de bonis libertorum.
L. 36. . . . . II. 177

38.5. Si quid in fraudem patroni.
L. 1 § 15. . . . . II. 173
L. 10. . . . . I. 81

39.2 de damno infecto.
L. 5 § 2 . . . . . I. 29
L. 18 § 16 . . . I. 251
L. 24 § 12 . . II. 133 s.

39.3 de aqua.
L. 1 § 17. . . . II. 133
L. 16. . . . . I. 35, 43

39.5 de donationibus.
L. 9 pr. . . . . I. 241
L. 25. . . . . I. 264
L. 27. . . . . I. 219

39.6 de mortis causa donationibus.
L. 13 pr. . . . I. 24, 332
L. 18 § 1. . . . . I. 45
L. 31 § 3. . . . . I. 45
L. 33. . . . . I. 24, 332

40.4 de manumissis testamento.
L. 44. . . . . II. 160

40.5 de fideicommissariis libertatibus.
L. 6 . . . . . II. 160
L. 12. . . . . II. 160
L. 13. . . . . II. 160
L. 15. . . . . II. 160
L. 24 § 12 . . . II. 160
L. 25. . . . . II. 178

40.7 de statuliberis.
L. 3 § 9. . . . . I. 305
L. 9 § 2. . . II. 148, 182

40.13 Quibus ad libertatem...
L. 4 . . . . . II. 57, 59

41.1 de adquir. rer. dominio.
L. 3 § 1 . . I. 27, II. 106
L. 5 § 2 . . . . . I. 202
§ 4 . . . . . I. 202

Pages.

L. 9 § 2 . I. 305, 308, 364
L. 36. . . . . I. 257
L. 40. . . . . I. 262
L. 45. . . . . I. 31
L. 48 pr. . . . . I. 262
L. 52. . . . . I. 106
L. 63 § 4. . . . . I. 10

41.2 de adq. vel am. possessione.
L. 3 § 18. . . . . I. 108
L. 49 § 1. . . . . I. 248
§ 2. . . . . I. 248

41 3 de usurp. et usucap.
L. 4 § 19. . . I. 191 ss
§ 20. . . . . I. 304

42.1 de re judicata.
L. 51 § 1. . . . . I. 109

42.4 Quib. ex caus. in poss. eatur.
L. 5 § 1. . . . . II. 166

43.8. Ne quid in loco publico.
L. 2 § 29. . . . . II. 120
L. 3 § 28. . . . . II. 136

43.10 de via publica.
L. un. § 4 . . . . I. 169

43.17 Uti possidetis.
L. 3 § 11. . . . . I. 24

43.20 de aqua quotidiana.
L. 3 pr. . . . . II. 173

43.24 Quod vi aut clam.
L. 7 § 7 . . . . . I. 98
L. 1i § 1 . . . . II. 177
§ 8 . . . . I. 36
§ 9 . . . . I. 35 s.
§ 10 . . I. 42, 43
§ 14 . . . . I. 287
L. 12 . . . . . I. 287
L. 16 pr. . . . . I. 287
§ 1 . . . . II. 171
L. 18 pr. . . . . I. 98
L. 20 pr. . . . . I. 287
L. 21 § 2 . . . . II. 108
L. 22 § 2. . . . . I. 286
§ 4. . . . . II. 108

Digitized by Google

Pages.

43.26 de precario.
L. 2 § 2 . . . . II. 187
L. 12 . . . . . II. 194

43.27 de arboribus caedendis.
L. 1 pr. . . . . II. 108
§ 6 . . . . . II. 108
L. 2 . . . . . II. 126

43.29 de homine libero exhib.
L. 3 § 9 . . . . II. 168

44.1 de exceptionibus.
L. 7 § 1 . . I. 233, II. 12

44.4 de doli mali except.
L. 6 . . . . . I. 186
L. 14 . . . . I. 79, 306

44.7 de oblig. et actionibus.
L. 1 § 5 . . . II. 13
§ 9 . . . . II. 57 s.
L. 5 § 6 . . . . II. 76
L. 13. . . . . I. 231
L. 41 § 1. . . . I. 113
L. 43. . . . I. 224, 231
L. 45. . . . . I. 98

45.1 de verborum oblig.
L. 34. . . . . II. 11
L. 37. . . . . I. 160
L. 38 § 3. . . . I. 352
§ 17 II. 171, 190, 193
L. 52. . . . . I. 279
L. 54 pr. . . . I. 156
L. 71 § 2. . . . II. 193
L. 77. . . . . I. 278
L. 79. . . . . I. 250
L. 82 § 1. . . I. 120, 122
L. 83 § 5. . . II. 11
L. 95. . . . II. 183 ss.
L. 101 . . . I 220 ss.
L. 102 . . . . I. 352
L. 103 . . . . II. 11
L. 106 . . . . I. 165
L. 126 § 2 . . . I. 215
L. 134 pr. . . . I. 230
L. 135 § 3 . . . II. 175
L. 137 § 4 . . . I. 38
L. 138 § 1 . . . I. 165
L. 141 § 2 . . . I. 224

Pages.

46.1 de fidejussoribus.
L. 20. . . . . I. 236
L. 56 § 2. . . I. 305, 314

46.3 de solutionibus.
L. 3 § 3. . . . I. 240
L. 9 § 1. . . I. 159, 165
L. 17 . I. 305, 314, 360
L. 32 . . . . II. 31
L. 34 § 3 . . . II. 31
L. 39 . . . . I. 186
L. 44 . . . . I. 17
L. 47 § 1 I. 240, 244, 318
L. 51 . . . . II. 31
L. 63 . . . . I. 31
L. 72 pr. . . . I. 186
L. 78 . . . . I. 305
L. 94 § 2. . . I. 305, 314
L. 95 § 9. . . . II. 29
L. 102 . . . . I. 186
L. 112 pr. . . . I. 165

46 4 de acceptilatione.
L. 11 pr. . . . I. 31

46.5 de stipulat. praetoriis.
L. 1 § 12. . . . I. 251
L. 5 . . . . I. 250 s.

46.6 Rem pupilli.
L. 4 pr. . . . . I. 251

46.8 Ratam rem haberi.
L. 8 § 2 . . II. 174, 201

47.2 de furtis.
L. 10 . . . . I. 50, 108
L. 11. . . I. 50, 57, 108
L. 12 pr. . . . I. 50, 106
L. 14 pr. . I. 32, 34, 43, 114
§ 3 . . . . I. 57
§ 4 . . . . I. 108
§ 6 . . . . I. 44
§ 12 . . . I. 44
§ 14 . . . I. 50
§ 17 . . . I. 50
L. 15 pr. . . I. 49, 53
L. 48 § 5. . . . I. 205
§ 6 . . I. 108, 205
L. 61 § 5. . . . II. 34

Digitized by Google

Pages.
L. 76 § 1. . . . . I. 50
L. 79. . . . . I. 77
L. 80 pr. . I. 32, 42, 50
L. 90 . . . . I. 50, 55

47.4. Si is qui testamento liber esse...
L. 1 § 1 . . . . I. 310
§ 10. . . . . I. 310
§ 14. . . . I. 310
§ 15. . . . I. 310
§ 16. . . . I. 310
§ 17. . . . I. 310

47.7 Arborum furtim caesarum.
L. 6 § 2 . . II. 108, 126

47.8 Vi bonorum raptorum.
L. 2 § 26. . . . . I. 311
L. 4 § 9 . . . . I. 311

47.9 de incendio...
L. 3 § 5 . . . . I. 311

47.10 de injuriis
L. 1 § 3 . . . . II. 165
§ 5 . . . . II. 165
§ 4 } § 6 } . . . II. 167
L. 18 § 5. . . . II. 165
L. 44. . . . . II. 124

47.12 de sepulcro violato
L. 3 § 8 . . . . II. 176
L. 6 . . . . . II. 180

47.23 de popularibus actionibus
L. 1 . . . . . II. 169
L. 3 § 1 . . . . II. 169
L. 6 . . . . . II. 169

48.5 Ad L. Jul. de adulteriis.
L. 27 § 5. . . . II. 176

48.10 de lege Cornelia de falsis
L. 21. . . . I. 94, 293

48.18 de quaestionibus.
L. 13 . . . . I. 271

Pages.
49.8 Quae sententiae sine appell.
L. 1 § 4 . . . . I. 253

49.14 de jure fisci.
L. 18 § 10 . . . I. 350
L. 21 . . . . I. 350

50.12 de pollicitationibus.
L. 2 § 1 . . . . I. 224
L. 8 . . . . . II. 162
L. 13 . . . . II. 162

50.13 de extraordinariis cognitionibus.
L. 1 § 15 . . . I. 253

50.16 de verborum significatione.
L. 49 . . . . I. 107
L. 121 . . . I. 7. 60, 65
L. 209 . . . . I. 147
L. 226 . . . . II. 13

50.9 de regulis juris.
L. 1 . . . . . II. 182
L. 10. . . . . I. 5 s.
L. 15. . . . . I. 260
L. 19. . . . . II. 53
L. 57. . . . I. 109, 116
L. 106 . . . . II. 182
L. 161 . . . . II. 87
L. 202 . . . . II. 182
L. 203 . . . . II. 15

Cod. Just.

1.2 de sacros. ecclesiis.
L. 21. . . . . I. 328

1.3 de episcopis.
L. 46 pr. } § 1 } . . . II. 162
§ 6. . . . II. 170

2.19 de negotiis gestis.
L. 2 . . . . . I. 238
L. 19. . . . . I. 82

2.22 de in integr. rest.
L. 3 . . I. 221, 225, 229

Digitized by Google

Pages.

2.43. Si minor se majorem dixerit.
L. 4 . . . . . II. 42
3.6. Qui legitimam personam.
L. 2 . . . . . I. 226
3.32 de rei vindicatione.
L. 3 . . . . . I. 82
L. 6 . . . . . I. 59, 293
L. 8 . . . . . I. 294
3.33 de usufructu.
L. 13. . . . . I. 217
3.34 de servitutibus.
L. 1 . . . . . II. 142
L. 7 . . . . . II. 144
L. 14 § 1. . . . . II. 142
3.36 Familiae erciscundae.
L. 20. . . . . I. 82
3.38 Communia utriusque judicii.
L. 4 . . . . . I. 59, 293
3.44 de religiosis.
L. 2 . . . . . II. 11
4.2 Si certum petatur.
L. 8 . . . . . I. 209
4.26 Quod cum eo qui aliena potestate...
L. 7 § 1 . . . . . I. 242
4.31 de compensationibus.
L. 6 . . . . . I. 253
4.32 de usuris.
L. 3 . . . . . I. 215
L. 4 . . . . . I. 215
L. 12. . . . . I. 215
L. 16. . . . . I. 215
L. 17. . . . . I. 215
L. 23. . . . . I. 212, 215
L. 25 . . . . I. 209 ss.
L. 26 § 1. . . . . I. 212
4.34 Depositi.
L. 8 . . . . . I. 305
4.36 Si servus extero..
L. un. . . . . I. 247

Pages.

4.39 de hereditate vendita.
L. 6 . . . . . I. 94
4.48. de per. et com. rei venditae.
L. 1 . . . . . I. 5
L. 2 . . I. 131, 148, 184
L. 4 . . . . . I. 117
L. 6 . . . . . I. 118
4.49 de actionibus emti et venditi.
L. 8 . . . . . I. 71
L. 12 . . . . . I. 72
4.50 Si quis alteri...
L. 1 . . . . . I. 59
L. 7 . . . . . I. 248
L. 8 . . . . . I. 59, 293
4.51 de rebus alienis non alienandis.
L. 1 I. 82, 294, 296, 358, 359
4.52 de commun. rer. alienatione.
L. I I. 82, 294, 296, 358, 359
4.54 de pactis inter emt. et vend.
L. 2. . . . . II. 29
L. 9 . . . . . II. 189
4.65 de locato et conducto.
L. 9 . . . . . I. 63
5.16 de donat. inter vir. et ux.
L. 8 . . . . . I. 322
5.37 de administratione tutorum.
L. 22 . . . . II. 177
L. 26 . . . . I. 226
5.39. Quando ex facto tutoris.
L. 2 . . . . . I. 250
5.51. Arbitrium tutelae.
L. 3 . . . . I. 59, 294
5.71 de praediis.
L. 17. . . . . I. 12

Digitized by Google

Pages.

6.2 de furtis.
L. 12 . . . . . I. 108
L. 22 § 3 . . . I. 6, 44, 48

6.23 de testamentis.
L. 1 . . . . . II. 31

6.30 de jure deliberandi.
L. 12 . . . . . I. 224

7.17 de adsertione tollenda.
L. 2 . . . . II. 57, 60

7.26 de usuc. pro emtore.
L. 1 . . . . . I. 108
L. 7 . . . . . I. 108

7.37 de quadriennii praescriptione.
L. 2 . . . . . I. 365
L. 3 . . . . I. 332, 365

7.45 de sententiis et interlocutionibus.
L. 8 . . . . . II. 60
L. 14. . . . . I. 245

8.1 de interdictis.
L. 1 . . . II. 112, 126

8.10 de aedificiis privatis.
L. 12 § 1. . . . . II. 142
§ 2. . . . . " "

8.37 de litigiosis.
L. 4 § 1 . . . . . II. 56

8.45 de evictionibus.
L. 1 . . . . . I. 352
L. 16. . . . . I. 321
L. 18. . . . . II. 60
L. 19. . . . . I. 355
L. 22. . . . . I. 349
L. 25. . . . II. 57, 60
L. 26. . . . . I. 355

Pages.

9.19 de sepulcro violato.
L. 1 . . . . . II. 11

10.15 de thesauris.
L. un. . I. 10. II. 111

11.6 de metallariis.
L. 3 . . . . . II. 111
L. 6 . . . . II. 111

11.18 de studiis liberalibus.
L. un. . . . . II. 141

Novelles.
Nov. 63 c. 1. . . II. 123, 142

Paul. *Sententiae Receptae.*
IV. 13.1 . . . . . II. 160
V. 4.3. . . . . II. 165
7.2. . . . . I. 215
16.3 . . . . . I. 271

Theophile. I. 23 . . . I. 225

Ulpien. VI. 9 . . . . . I. 306
XII. 4 . . . . . I. 225

Gaius.
I. 199 . . . . . I. 225
II. 79 . . . . . I. 308
III. 190 . . . . . I. 147
221 . . . . . II. 165
IV. 17 . . . . . I. 202
48 . . . . II. 147 ss.

Basiliques.
8, 2, 65. . . . . I. 249
16, 3, 10 . . . . . I. 217
5 . . . . . I. 286
18, 1, 2 . . . . . I. 249
19, 9, 1 . . . . . I. 269
23, 3, 73 . . . . . I. 212
50, 2, 48 . . . . . I. 249
3, 4 § 19. . . . I. 199

Digitized by Google

II. TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES.

A.

Abeilles, fruits, I. 202.
— dommages, II. 135.
Abigei, I. 311.
Absent. Lex Hostilia, II. 170.
Accession naturelle, I. 8 s., 300 ss., 305, 328.
— juridique, I. 11.
Accroissement, restitution, I. 11, 13, 21.
Actes impossibles, II. 43.
Actio ad exhibendum, I. 298.
— *aestimatoria praescriptis verbis*, I. 266.
— *aquae pluviae arcendae*, I. 298, II. 126, 144. — cession I. 43.
— *auctoritatis*, I. 347.
— *communi dividundo*, impenses, II. 29, restitutions, I. 11 s., 66, éviction, I. 352.
— *conducti*, II. 172.
— *confessoria*, éviction, I. 352.
— *de effusis et dejectis*, II. 166, 175.
— *de in rem verso*, I. 241.
— *de sepulcro violato*, II. 163, 176.
— *de servo corrupto utilis*, II. 164.
Actio doli, I, 98 s., II. 5 s., 13, 23.
— — contre celui qui a tué l'animal promis, I. 42.
— *dotis* du fils de famille, I. 243.
— *emti* en dommages-intérêts, II. 27.
— *ex cautione damni infecti*. Cession I. 43.
— *fiduciae*, I. 260.
— *furti* refusée au voleur, I. 108.
— *furti* (cession de l'), I. 31, ss., 43, 56.
— — du mineur, I. 232.
— *hypothecaria*. Eviction, I. 352.
— *injuriarum*, II. 124, 165, 167.
— — *aestimatoria*, II. 163.
— *institoria*, I. 248.
— *legis Aquiliae*, I. 298. II. 3, 12, 19, 23, 134. — cession, I. 31, 42, 46, 56, 99.
— — — du mineur, I. 232.
— *mandati*, II. 168, 173.
— — *contraria*, II. 29.
— *mutui*, du mineur, I. 232.
— *negatoria*, II. 110 s., 117, 124, 134. — éviction, I. 352.

Digitized by Google

Actio negotiorum gestorum, I. 78, 239, 292.
— *pigneratitia*, restitutions, I. 23.
— *praescriptis verbis*, I. 267 s.
— *protutelae* II. 31.
— *publiciana*, II. 220.
— — *rescissoria*. I. 352.
— *quanti minoris*, II. 17.
— *quasi institoria*, I. 252.
— *quod metus causa*, I. 237.
— *redhibitoria*, I. 20. II. 17, 19.
— *sepulcri violati*, II. 163, 176.
— *spolii*, II. 260.
— *tutelae*, II. 166.
— *venditi*, I. 98 s., 119, II. 28.
— *vi bonorum raptorum*, cession, I, 31 ss., 43.
Action possessoire, éviction, I. 352.
— **reconventionnelle**, I. 253.
Actions accordées aux fils de famille, I. 243.
— (Cession des) **acquises à raison d'actes illicites**, I. 31 ss., 41 s., 48 s.
— *adjectitiae qualitatis*, I. 240.
— **arbitraires**, II. 158.
— **édilitiennes**, II. 15, 33.
— *in factum*, I. 305, 329, 365.
— — — des mineurs, I. 231.
— **populaires**, II. 169.
Adition d'hérédité de l'esclave, I. 7, 19, 23, 27.
Adjudicatio, restitution, I. 11.
Admetiri, I. 131.
Adnumerare, I. 131.
Adpendere, I. 131.
Adstipulator, II. 205.
Aestimatio du juge, I. 267.
Affections de famille, protection, II. 164.
Affranchissement fidéicommissaire, II. 160.
— imposé par contrat, II. 167.
— intérêt, II. 188.
Agneaux poss. de b. f., I. 198.
Air, *res communis*, II. 106.
Alienatio judicii mutandi causa, II. 173 s.
Aliénations de biens de mineurs, I. 223.
— **nécessaires**. Restitutions, I. 66.
Aliénés, conventions qui ont pour objet leur entretien, II. 201.
Aliments, II. 161, 166.
Alluvion, I. 8, 12.
Ambition, protégée en droit, II. 177.
Amour de la chose publique, II. 169.
Animus domini, II. 227, 245.
Annonces publiques, force obligatoire, II. 85.
Apports sociaux, risque, I. 159.
Arbitres, devoirs, II. 161.
Arbitrium, II. 158.
— *de re restituenda*, I. 351.
— *litis aestimandae*, II. 158.
Arbres (Plantation d'), restrictions, II. 141.
— coupés sur le fonds d'autrui, II. 171.
Argent (envois d') risques, I. 159.
— d'autrui, I. 59, 293, 304, 317, 333.
— fonction pénale, — satisfactoire, II. 156 s., 163.
Armamentum. I. 155.
Armateur, action directe, I. 250.
Arrogatio, I. 19, II. 84.
Artistes dramatiques, conventions, II. 202.

Digitized by Google

Assurance, I. 110, 118.
Atmosphère de la propriété, II. 106.
Atteintes à la propriété du voisin, II. 123, 124, leur caractère relatif, II. 129.
Auteurs dramatiques. Conventions relatives à leurs œuvres, II. 202.
Autriche. Projet de code civil, I. 145.

B.

Bail, réduction du prix, I. 116. II. 172.
Bains, dommage, II. 138.
Bâtisses. Restrictions, II. 142.
Bâtisse sur le sol d'autrui, II. 107.
Bétail. Vente, risques, I. 155.
— Cheptel de fer, I. 159, 160.
Blanc-seings, II. 73.
Bois flotté, possession, II. 252.
Bonorum possessio contra tabulas, II. 177.
Branches pendant sur le fonds d'autrui. II. 107, 126.
Brigands, possession, II. 227.

C.

Cadeaux faits et reçus par le poss. de b. f. de la succession d'autrui, I. 18.
Capacité des contractants, II. 41.
Carrières, dommage, II. 138.
Cas fortuit, I. 98 s., 123.
Causa lucri, I. 21.
Causa traditionis. Erreur. I. 257 s.
Caution, I. 159.
Cautio damni infecti, I. 28, 251, 298, II. 117, 133, 134.
— *de rato*, I. 252.
Cautio rem pupilli salvam fore, I. 251.
— *usufructuaria*, I. 159.
Cautions en justice, II. 159.
Cession des actions du mandataire, I. 247 ss.
Chasse, restitution du gibier, I. 9.
— sur terrain d'autrui, propriété du gibier, II. 242.
Chaudronniers, voisinage, II. 141.
Cheminées, II. 125, 128.
Chemins de fer, initiative privée, II. 207 ss.
Cheptel de fer, I. 158, 160.
Chicanes, II. 121, 237.
Choses achetées à l'aide de l'argent d'autrui, I. 59, 293.
— consomptibles, I. 281, 323.
— fongibles. vente, I. 125, 155, 160.
— perdues, possession, II. 250.
Code civil art. 549, I. 196,
art. 1585, I. 145.
— — autrichien art. 330 I. 196.
866 II. 43.
869 II. 45.
878 II. 44.
— — espagnol, I. 145.
— — italien § 444, I. 196.
§ 703, I. 196.
— — portugais, I. 145.
— — saxon, § 244, I. 196.
— **de commerce**, art. 100, I. 146.
— — allemand,
Art. 46, II. 81.
» 54, II. 82.
» 55, II. 50.
» 297, II. 82.
» 320, II. 78, 82.
» 324 à 342, I. 174.

Digitized by Google

Art. 345, I. 146, 182.
" 566, I. 280.
" 568, I. 280.
" 571, I. 280.
" 575, I. 280.
" 577, I. 280.
Code de commerce hongrois, I. 145, 172.
Comités poursuivant des buts d'intérêt général, II. 203
Commande, I. 128.
— de choses à confectionner, I. 167 s., 177.
Commixtio, I. 303.
Commodat, I. 158.
— avec clause estimatoire, I. 271.
— restitution, II. 207.
— révocation, II. 194.
Commodataire. Restitutions, I. 6, 29, 48, 105, 109, II. 76.
Commodum et *incommodum*, I. 5 et ss.
Compensation, I. 48.
Composition, II. 175.
Compromis, I. 176.
Concours de volontés, II. 81.
Condamnation pécuniaire, II. 156 s., 163.
Condictio furtiva, I. 299, 308. — cession, I. 43.
— *indebiti*, I. 17, 241, 306, 321.
— — restitutions, I. 20, 25, 75, 321, 331.
— *ob causam datorum*, I. 321, II. 150.
— *ob turpem causam*, I. 115.
— *sine causa*, I. 78, 193, 197, 264, 291 ss., 335 ss., II. 16.
— prescription, I. 346.
Condition résolutoire, II. 28.
Confiscation, I. 107.
Confusio, I. 303.
Conseils, dépourvus de sanction, II. 183.
Consentement du père au mariage, II. 160.
Consommation de la chose, revendication des fruits, I. 192, 300, 314, 328.
Constitution de dot par la femme mineure, I. 226.
Constructions, dommage pour le voisin, II. 140.
— distance, II. 141.
— sur le sol d'autrui, II, 107.
Contrat dans l'intérêt d'autrui, II. 205.
— **de vente.** Intérêt, II. 197 s.
— *do ut des*, I. 158.
— **estimatoire**, I. 269 ss.
— *in personam incertam*, II. 85.
Conventions qui ont pour objet l'entretien, le logement et la nourriture, les soins médicaux, l'éducation, l'enseignement, II. 201.
— intérêts artistiques et scientifiques II. 201.
— intérêt général, II. 203, 209.
— intérêt d'autrui en général, II. 205 s.
Corpus possessionis, II. 245.
Créancier. Intérêt nécessaire II. 204 s.
— **gagiste.** Possession, II. 227.
— **hypothécaire**, II. 243. — Restitutions, I. 23 s. 45, 49, 53, 62, 73.
Croit des troupeaux, I. 202 s., 322,

Digitized by Google

Cujus est periculum ejus et commodum esse debet, I. 5 ss.
Culpa in contrahendo, II. 3 ss.
— *in eligendo*, II. 75, s.
Curatelle des mineurs, I. 220 ss.

D.

Damnum infectum, I. 28, 43.
Decretum de alienando, I. 223.
Demeure v. *Mora*.
Démolition, dommage pour le voisin, II. 140.
Dépêches télégraphiques. Erreur, II. 7, 26, 75, 95 ss.
Dépositaire, restitutions, I. 57, 109.
Dépôt. Clause estimatoire, I. 272.
— restitutions, II. 207.
— **d'argent**, risques, I. 159.
— **régulier, irrégulier**, I, 158.
Détention, II. 224, 260.
Dette naturelle, restitution, I. 17.
Déversement des murs sur le sol du voisin, II. 126.
Diffamation de la mémoire du testateur, II. 167.
Digues, II. 142.
— **rompues**, II, 126.
Dissipateurs (Contrats des) II. 52.
Distance des constructions, II. 142, s.
Dol, I. 98, II. 12.
Domestiques, engagement, II. 200.
Dommage, causé au voisin. — Caractère relatif, II. 131 ss.
Dommages-intérêts dans les contrats nuls ou imparfaits, II. 3 s.
Donatio mortis causa de la chose d'autrui, I. 24, 332.
Donation. Erreur sur la cause, I. 257 ss.
— **de tous les biens**, I. 161.
— **entre époux**. — Propriété, I. 262.
Donations, *culpa*, II, 50.
Dons, restitution, I. 18.
— **faits à l'esclave**, I. 18, 20.
Dot, restitution I. 123, 158, 261.
— (propriété de la), I. 261.
— (éviction de la), I. 261, II. 165.
— estimation, I. 272.
— impenses, I, 306.
— de l'argent d'autrui, restitutions, I. 24.
Doter (Obligation de) II. 160.
Douleurs éprouvées, dommages-intérêts, II. 175.
Droit définition, II. 235.
— **subsidiaire**, I. 14.
Droits réels putatifs, II. 31.

E.

Eau, infiltration dans le sol du voisin, II. 128.
— **courante**, *res communis*, II. 106.
Écoliers, conventions qui ont pour objet leur éducation, II. 201.
Éditeurs (contrats avec les), II. 201.
Éducation, convention, II. 201.
Effractores, I. 311.
Émancipation ordonnée par testament, II. 160.
Embargo, I. 276.
Emphytéose, II. 219, 227.
Emprunts des mineurs, I. 227, II. 52.
Emtio ad mensuram, I. 131, 152.
— *generis*, différence avec l'*emtio ad mensuram*, I. 153.

Digitized by Google

Emtio spei, II. 61.
Enchères, II. 86.
Enclave, II. 115.
Enrichissement injuste, I. 239, 295 ss. V. Scte Juventien.
Enseignement, conventions, II. 201.
Entretien, conventions, II. 201.
Equarisseurs. Voisinage, II. 141.
Erreur dans les contrats, responsabilité, II. 3 ss. 22 ss. 26, 45, 65, 68.
— sur la *causa traditionis*, I. 257 ss.
Esclave (gain fait par l'), I. 20, 30. ss.
— (subornation de l'), II. 165.
— vente ordonnée par testament, II. 167.
— affranchissement imposé à l'acheteur, II. 167.
— prostitution, II. 167.
— mauvais traitements, II. 167.
Espace atmosphérique, propriété, II. 106.
Esprit de famille, II. 177.
Essaim d'abeilles. Poss. de b. f., I. 202.
Étables à porcs, II. 141.
Éviction (prestation de l'), I. 26, 62, 333, 346, II. 57.
— (action en) de la dot, I. 261.
Exceptio doli, I. 97 s., 187, 264, 327.
— *non adimpleti contractus*, I. 94.
Expédition, équivalant à la livraison, I. 146, 178 ss., risques, I. 181.
Expilatores, I. 311.
Exposition à la rue d'objets vendus, I. 169.
Extorsion de sommes dues, I. 237.

F.

Fabriques, voisinage, II. 141.
Faute contractuelle, II. 31 s. 13, 32 ss.
— légère, *causa obligationis*? II. 12, 49.
— lourde assimilée au dol, II. 12.
Fautes d'écriture, responsabilité, II. 74.
Fenêtres s'ouvrant sur le sol voisin, II. 125.
Fermages de la chose revendiquée. Restitution, I. 7, 63.
Fermier, possession, II. 227.
Feuilles d'arbres tombant sur le fonds voisin, II. 127 s.
Fiançailles, action en réalisation, II. 147.
— des mineurs, I. 230.
Fidéicommis, restitution, I. 13. 19, 26, 61.
Fideicommissaria libertas, II. 160.
Fidéjussion de l'esclave, I. 236.
Fiducia. I. 260.
Finalité, II. 184.
Fonctionnaires. Capacité putative, II. 31.
Fondations, II. 91.
— pieuses, II. 170.
Fonds dotal, estimation, I. 272. V. Dot.
— fruits, I. 322.
Fontaines, II. 142.
Forgerons, voisinage, II. 142.
Forjeture des murs, II. 126.
Fossés, II. 142.
Fosses d'aisance, II. 140, 141.
Fouilles, II. 126.
Fours, II. 141.

Digitized by Google

Fruits, restitution, I. 9, 23 s., 27, 63 s., 67, 314, 321.
— perception, I, 109, II. 221.
— acquisit. par le poss. de b. f, I. 191, 262, 314.
— destination économique, I. 322 s.
— tombés sur le fonds voisin, II. 126, 128.
Fumée, II. 122, 127, 136, 138.
Funérailles, dispositions testamentaires, II. 160.

G.

Garantie de l'éviction, I. 26, 61, 333, II. 57.
Gêne causée au voisin, II. 137 ss. 140. — caractère relatif, II. 131.
Genus-species. I. 125 ss. 150.
— *perire non censetur*, I. 150.
Gibier, restitution, I. 9, 26.
— *res nullius*, II. 106.
Gouttières, II. 125.
Grex, risques, I. 155.

H.

Habere licere, I. 349.
Habitatio, aliénation, I. 217 ss.
Haut-fourneau, voisinage, II. 128.
Hereditatis petitio v. *Petitio hereditatis*.
Héritier du possesseur qui a cessé de m. f. de posséder, I. 366.
— **du voleur**, I. 108.
— **putatif**. Enrichissement v. **Scte Juventien**.
Horaires des chemins de fer etc., force obligatoire, II. 86.
Humidité des murs, II. 121, 132, 139.
Hypothèque, II. 219.
— concédée par le vendeur, I. 104.
— — — — curateur, I. 236.
— de choses futures, I. 156, 164.
— de la chose d'autrui, I. 23.
— de tous les biens, I. 161.

I.

Idée de propriété, limites, I. 196, 301 s., 326.
Immissio, II. 127.
Impenses, I. 321, 327, 344, II. 29, 59.
— **dotales**, I. 306.
Impossibilité des obligations, II. 43.
Impubères (contrats des), II. 55.
— protégés contre le tuteur, II. 170.
Incapables (contrats des), II. 41 s., 51 s.
Indebitum, restitution, I. 17, 241, 306, 321.
Individualisation (Théorie de l') II. 131.
Industries gênantes pour les voisins, II. 141.
Injure faite à la femme ou à l'enfant, II. 165.
Interdit *de homine libero exhibendo*, II. 168, 170.
— *de itinere actuque privato*. Eviction, I. 352.
— *ne quid fiat in loco publico*, II. 136.
— — — — *in flumine*, II, 144.
— *quod vi aut clam*. I. 287, II, 118, 177. — cession, I. 43.
— *unde vi*, I. 36.
— *uti possidetis*, II. 134.

Digitized by Google

Interdits possessoires, II. 223.
— *quasi-possessoires*, II. 254.
— *recuperandae possessionis*, II. 226.
— *retinendae possessionis*, II, 225.
Intérêt, définition, II. 196, 236.
— dans les contrats, II. 145 ss., — limites II. 192.
— intérêts non protégés, II. 192.
— **contractuel positif**, négatif. II. 16 s.
— **pratique**, limite de la propriété foncière, II. 111.
Intérêts d'argent, I. 326. — stipulation, I. 215.
— de l'argent d'autrui, restitution, I. 8, 59, 63 s., 69.
— **moratoires**, I. 326.
— **non-économiques**, II. 164 ss.
— **publics**, initiative privée, II. 209.
Intermédiaires, responsabilité, II. 49.
Intercession des femmes, II. 52.
Interprétation des contrats, II. 65.
Ivrognes (contrats des), II. 56.

J.

Jactus missilium, II. 88.
Jet d'ordure ou de poussière sur le fonds voisin, II. 127.
Judicium legis Plaetoriae, I. 227, II. 170.
Juge (fonctions du), II. 159, 163.
Jura in re. II. 220.
Juramentum in litem, II. 158.
Jus possidendi, II. 216, 220. 222.
— *possessionis*, II. 220, 222.
— *tollendi*, I. 344.

L.

Landrecht badois, I. 145.
— **prussien**, I. 2, 128 — I. 145, 172.
— — I. 4, 79 — II. 45.
— — I. 5, 33 — II. 41.
— — I. 5, 36 — II. 42.
— — I. 5, 53 — II, 43.
— — I. 5, 105 — II. 44.
— — I. 5, 284 — II. 46.
— — I. 7, 185 — I. 196.
— — I. 11, 988 — II. 45.
— — II. 2, 135 — II. 42.
— — II. 2, 248. — II. 43.
Légataire, restitutions, I. 13, 19, 25, 61.
Legatum generis, I. 157, 161.
Legis actio membri rupti, II. 175.
— *actiones*, II, 225.
Legs, restitution, I. 18.
— *culpa in contrahendo*, II. 50.
— de quantités, I. 158 et ss.
— de quote parts, I. 163.
— restrictions imposées par le testateur, II. 166.
Lésion énorme, I. 124.
Lésions corporelles, dommages-intérêts, II. 175.
Lettre de change créée par un incapable, II. 56.
Lex Hostilia, II. 170.
— *Plaetoria*, I. 227, II. 170.
Liber bona fide serviens, II. 31.
Liberale judicium, éviction, I. 352.
Liberté, II. 170.
Litis denunciatio, I. 348, 353.
— *aestimatio*, I. 351.
Livraison (théorie de la), I. 128 s., 155, 171.

Digitized by Google

Locataire, *actio conducti*, II. 172, 199.
— possession, II. 227.
— réparations, II. 172.
Locatio rei, operarum, operis, I 158, II. 199, 207.
Location de tonneaux, responsabilité, II. 36.
Logement, conventions, II. 201.
Logements militaires, conventions, II. 201.
Loi Plaetoria, I. 227, II. 170.
Louage, intérêt, II. 198 s.
— clause estimatoire, I. 272.
— trouble causé par le bailleur, I. 286 s.
— **régulier**, irrégulier, I. 158.
Loyers de la chose revendiquée. Restitution, I. 7, 63.
Lucrum ex re-propter negotiationem, distinction, I. 6, 58.
— *rei*, I. 8 ss.

M.

Malentendus dans les contrats, II. 69 s.
Mancipatio fiduciae causa, I. 260.
Mandant. Réparation du dommage causé, II. 34.
Mandat. Risques, I. 159.
— Actions, I. 247 ss.
— Révocation, II. 25, 81.
— Erreurs, II. 72.
— en faveur de tiers, II. 168.
Mandataire, restitutions, I. 54, 60, 73, 158.
— cession des actions, I. 247 ss.,
— Responsabilité, II. 7 ss.
Mandatum qualificatum, II. 29.
Marchandises cherchées, apportées, envoyées, I. 174 ss. II. 76.
Mariage (charges du), I. 261.
— obligations du mari, II. 161.
— putatif, II. 31.
Médecins, conventions, II. 201.
Mensura, I. 131.
Méprise dans les contrats, II. 68, 71.
Messager (Erreur du) II. 48, 74.
Mines, II. 111.
Mineurs, stipulations, I. 220.
— (contrats des) II. 42, 51 ss.
— protégés contre tout préjudice, II. 170.
Monuments funéraires, II. 160, 167.
Mora. II. 36.
— du vendeur, I. 120.
— *accipiendi*, I. 151, 177, 184 ss.
— *mensurae faciendae*, I. 148.
Moulins, II. 144.
Multa, II. 156, 159.
Murs déversés, II. 126.
Musiciens. Conventions relatives à leurs œuvres, II. 202.
Mutuum, I, 156.

N.

Negotiorum gestio, I. 37, 45 s., 54, 72 s., 358.
Nexum, I. 261.
Nourriture. Conventions, II. 201.
Novation de l'obligation du fils de famille, I. 236.
Nullité de contrat; dommages-intérêts, II. 3 ss. 27.

O.

Obligatio generis, I. 161.
Obligation alternative, I. 161, 165.
— *in personam incertam*, II. 84.
Obligation naturelle, restitution, I. 17.

Digitized by Google

Occasio lucri, I. 17, 21.
Occupation. 221. — restitution, I. 8 s.
Odeurs, voisinage, II. 128.
— **pestilentielles**, II. 120, 122, 136.
Offres. Responsabilité, II. 40.
— révocation, II. 22 ss., 40, 44, 77 ss.
— décès de l'auteur, II. 81.
Operis novi nunciatio, II. 118.
Ordres écrits adressés à des tiers.
— Erreurs, II. 72.
Ouvrages promis aux communes ou dus par testament, II. 162.

P.

Pactum de commodando, II. 194.
— *de retrovendendo*, I. 98.
Paiement indû, restitution, V. **Condictio indebiti.**
— putatif, II. 34.
Partus ancillae, restitution, I. 9.
Passage pour enclave, II. 115.
Patronat, II. 177 s.
Peculium, I. 203.
Pécule profectice, I. 19.
Peintres, contrats relatifs à leurs œuvres, II. 202.
Pension (Contrat de), II. 201.
Perte de la chose chez le possesseur, I. 300 ss.
— de la chose vendue. V. **Risques.**
— de la *species* vendue, I. 186.
— du *genus*, I. 184.
Petitio hereditatis. Restitutions, I. 68.
— éviction, I. 352.
Pétitoire, séparation du possessoire, II. 232.
Piété envers le testateur, II. 166.
Pigeons, II. 135.
Pignus, II. 219.
Pignus irregulare, I. 159.
Plagiarii, I. 311.
Police, protection de la propriété, II. 119.
Poss. de b. f. Acquis. des fruits, I. 191, 262, 314.
— (protection du) II. 31, 230.
— — restitution du prix de vente, I. 289 ss., 335 ss.
— — de l'hérédité d'autrui. Restitutions, I. 45, 47, 76, 319.
Poss. de m. f. Restitution, I. 68, 76.
— — aliénation des fruits, I. 67.
— — restitutions, I. 74, 108, 314.
Possession. Théorie simplifiée, II. 215 ss.
Postulatio suspecti tutoris, II. 166, 170.
Poussière, II. 132.
Praescriptio pro reo, I. 234.
Précaire, révocation, II. 194.
Prestations impossibles, II. 43.
Prêt. Exclut la *culpa*, II. 50.
— restitution, II. 206.
— à **intérêts** de métaux précieux, I, 209.
— **d'argent**, risques, I. 159.
— transfert de la propriété, I. 259, 305.
— **de choses** déterminées en genre, I. 158.
Préteur (fonctions du) II. 159 ss., 163.
Prisonnier de guerre (biens du), II. 170.
Privilèges du soldat, I. 250, 294.
Procès des mineurs, I. 226.
Procuration, retrait, II. 81.
Procurator, II. 205. — restitutions, I. 45.

Digitized by Google

Procurator ad litem, I. 249, II. 175, 181.
Professeurs. Conventions, II. 202.
Prohibitions d'aliéner, II. 56.
Promesses en général, II. 183.
Promesse conditionnelle, II. 88.
— **de prêt**, II. 194.
— **publique**, II. 26, 45, 203.
— — rétractation, II. 83.
Propriété. Limites, I. 196, 301 s.
— Effets de l'erreur dans la tradition, I. 257 ss.
— Protection réelle et obligatoire, I. 298.
— putative, II. 31.
— foncière, restrictions, II. 103 ss.
— mobilière, immobilière, II. 104.
— foncière, étendue, II. 105.
— — conséquences absolues, II. 113 s.
Prospectus, force obligatoire, II. 85.
Protection de la propriété, I. 298.
— des rapports putatifs, II. 31.
— de la possession, II. 229 s.
Puanteur, II. 120, 122, 136.
Puits, II. 134.
Publicienne. v. *Actio publiciana*.
Pupilles, protection du magistrat, II. 161.

Q.

Quarte falcidie, I. 19, 61.
Quasi-possession, II. 254 s.
— **usufruit**, I. 158, 160, 261, 281.

R.

Racines d'arbres, II. 107, 112.
Ratification des actes du mineur, I. 241 s.
Recel de choses trouvées, II. 250.
Reconvention, I. 253.
Recréance, II. 260.
Réintégrande, II. 260.
Reivindicatio, I. 298, II. 29, 218.
cession, I. 31 ss. 43.
— Restitutions, I. 69, 77, 192, 321.
Reivindicatio utilis, I. 303, 305, 308, 363, II. 219.
Remplaçant, responsabilité, II. 49.
Réparations locatives, II. 172.
Représentant, responsabilité, II. 49.
Représentation, II. 205.
Rescision de la propriété (actions en) II. 243.
Res derelicta, restitution, I. 26.
Réservoirs, II. 125.
Res publicae, II. 170.
Restituere. Sens de ce mot, I. 71.
Restitutio in integrum, I. 197, 221, 333 s., 352, II. 177.
Restitution de gains réalisés au moyen de la chose due, I. 6 et ss.
Rétention (droit de), I. 306, II. 19.
Revendication des fruits, I. 192.
Révocation d'offres, II. 22 ss., 44.
Risques dans la vente, I. 87 et ss. 101 s., 125 ss.
Rivages de la mer et des fleuves, II. 108.

S.

Saillies sur le sol du voisin, II. 125.
Saisie de navire, I. 276.
Savigny, II. 263.
Savonniers. Voisinage, II. 141.
Scte Juventianum, I. 60, 319.
— **Macédonien**, I. 236, 243, II. 52.
Scte Velléien, II. 51.

Digitized by Google

Séduction, action du père de famille, II, 164.
Sentiment religieux, protégé en droit, II. 176.
Séparation, risques, I. 125 ss., 141 s.
Servitude concédée par le vendeur, I. 104.
— établie successivement par divers copropriétaires, II. 82.
Servitudes (Extinction des), profite au créancier de la chose, I. 11, 21.
— (constitution des), II. 50.
— de pur agrément, II. 172.
Servitudes prédiales, II. 115, 172.
— éviction, I. 352.
— utilité. II. 131, 184.
— **urbaines**, II. 172.
Servitus altius non tollendi, II. 184.
Servus publicus, II. 84.
Simulation, II. 66.
Société, dommages causés par l'exécution du contrat, II. 34.
— responsabilité des associés, II. 35.
Soins médicaux, conventions, II. 201.
Soldats. Privilèges, I. 59.
Souscriptions publiques, II. 203.
Species-genus, I. 125 ss.
Spécification, I. 300 ss., 307, 328, II. 241.
Statues, II. 177.
Statuliber, I. 305.
Stipulatio duplae, I. 348.
Stipulations. Exclusion de la *culpa*, II. 50.
— **des mineurs**, I. 220 ss.
— **édiliennes**, I. 355.
Stipulations prétoriennes, I. 249, 251, 279.
Subornation de l'esclave. Action du maître, II. 165.
Succession déférée au mineur. Acceptation, I. 226.
Summarissimum, II. 260.
Superficie, II. 219.

T.

Talion, II. 175.
Tapages, voisinage, II 128.
Taux de l'intérêt, I. 212.
Témoins solennels, capacité, II. 31.
— **testamentaires**, II. 160.
Testament, obligations du détenteur, II. 161.
Testateur. Sentiments de piété de l'héritier, I . 166.
— diffamation, II. 167.
Titres au porteur, II. 73.
Tombeau, passage nécessaire, II. 162.
— souillé ou dégradé, II. 176.
Tonneaux, responsabilité des vices, II. 36.
Torture (mise à la) d'un homme libre, II. 176
Tour de charrue, II. 126, 140.
— **d'échelle**, II. 140.
Traditio in personam incertam, II. 83 s
Tradition, relation avec les risques, I. 136, 172.
— erreur sur la cause, I. 257 ss. II. 50.
Transaction de l'héritier avec les créanciers, I. 61.
Transbordement, responsabilité, I. 273 ss.

Digitized by Google

Transfert de propriété. Erreur, I. 257 ss.
Transmission des oblig. aux héritiers, II. 27, 50.
Transport de choses fongibles, I. 158.
— **maritime**, responsabilité, I. 273.
Travaux sur le sol du voisin, II. 125.
Trésor, restitution, I. 10, 17.
— recherche, II. 111.
Trouble locatif, I. 286.
— de la possession, II. 253.
Troupeau, fruits, I. 198 s., 202.
— **vendu**. Risque, I. 155.
Tuteur, restitutions, I. 54, 59, 73, 294.
— devoirs. II. 161, 177.
— putatif, II. 31.

U.

Ultio, II. 180.
Usines. Voisinage, II. 141.
Usucapion, II, 221, restitutions, I. 24 s., 107, 192, 300 ss., 330 ss.
— titre putatif, II. 31.
Usufruit, I. 158.
— éviction, I. 352.
Usufruitier, *damnum infectum*, I. 29.
— dommages-intérêts pour arbres coupés, II. 171 s.
Usurae centesimae, I. 212.
Utilisation économique de la propriété, II. 216 s.
Utilité des servitudes prédiales, II. 131, 172.
— — urbaines, II. 172.

V.

Valeur patrimoniale des prestations obligatoires, II. 145 ss.
Vases sacrés, I. 328 s.
Vente (seconde), gain réalisé, I. 6.
— **aux enchères**, II. 86.
— **de bétail**, I. 155.
— **de choses** à confectionner, I. 167, 177.
— — **futures**, I. 164.
— — *in genere*, I. 125 ss.
— — **hors du commerce**, II. 10 ss., 36.
— — **héréditaires**, gain réalisé, p. 6.
— — **inexistantes**, II. 60.
— — **litigieuses**, II. 56, ss.
— **de droits**, II. 62.
— — **fruits futurs**, I. 166.
— **de la chose d'autrui**, I. 83, 332, 108, II. 62.
— — **l'objet légué**, gain réalisé, I. 6.
— **d'une quote part**. Risque, I. 163.
— **d'hérédité**, restitutions, I. 45, 54, 73.
— — inexistante, II. 10 ss.
— **d'un homme libre**, II. 57.
— — *locus sacer*, *religiosus*, II. 58 s.
— **en bloc**, I. 162.
— **sous condition résolutoire**, II. 28.
Ventes sucessives, I. 59, 78 ss, 98 s. 111.
Vêtements, quasi-usufruit, I. 160, 281.

Digitized by Google

Vêtements. Prêt à intérêts? I. 209.
Vices de la chose vendue, II. 14 s. 19, 33.
— — possession, II. 224.
Vicinitas, II. 115.
Vidanges, II. 140, 141.
Vie mondaine, non protégée par le droit, II. 192.
Vindex libertatis, II. 170.
Vindicta, II. 180.
Violation du cadavre du testateur, II. 167.
Vis armata, quotidiana, simplex, II. 224.
Voies publiques, dommage aux riverains, II. 120.
Voisins, voisinage, II. 103 ss.
Voleur, I. 108, 311.
— possession, II. 227.
Volonté de contracter, II. 64 ss.

W.

Wurtemberg. Projet de code civil, I. 145.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

3 2044 049 751 266

HARVARD LAW SCHOOL LIBRARY

This book is due on or before the date stamped below. Books must be returned to the Circulation Desk from which they were borrowed. **Non-receipt of an overdue notice does not exempt the user from a fine.**

~~JAN 21 1995~~

~~JAN 21 1999~~

JAN 21 1999

Digitized by Google

Digitized by Google